

9
Avv. CARLO PARISI

APPUNTI

SULLA

CONDIZIONE RISOLUTIVA TACITA



ACIREALE
TIPOGRAFIA EDITR. XX SECOLO
1927

g. v. 1054

INTRODUZIONE

1.—La condizione risolutiva che il nostro Codice civile (art. 1165) sottintende sempre nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, va certamente annoverata tra i più importanti istituti che il nostro diritto ha derivato dal diritto francese (art. 1184 Cod. Civ.) allontanandosi dalle norme del diritto romano e del diritto comune italiano.

La maggioranza degli scrittori tanto francesi quanto italiani é d'accordo nel ritenere che questa cosiddetta « *condizione risoluta tacita* » segni un progresso sul sistema del diritto romano, che è anche quello del diritto tedesco. Nessuno però, dissimula le molte e gravi questioni che trae seco questo istituto, circa la sua sfera di applicazione, le condizioni del suo esercizio, i suoi effetti. Di esse si occupano più o meno largamente tutti i trattatisti di diritto civile; ma le conclusioni a cui essi arrivano sono molto disperate o addirittura contraddittorie, e la stessa giurisprudenza è alquanto indecisa.

In tali condizioni, non sarà certamente privo d'importanza, uno studio diretto a chiarire bene la natura della condizione risolutiva tacita, per

vedere se e fino a che punto essa possa assimilarsi a una condizione vera e propria, chiarire i limiti tra essa e il patto commissorio, esaminare i varii casi di applicazione che il codice fa del principio generale dell'articolo 1165, stabilire fin a che punto i principii dell'art. 1165 siano modificati dalle regole speciali concernenti le vendite mobiliari, sia civili (art. 1512) che commerciali (art. 67). Questa ricerca varrà certamente, con l'approfondire la natura dell'istituto, ad agevolare la soluzione di tutte quelle questioni che malamente si vorrebbero risolvere alla spicciolata.

Divideremo la trattazione dell'argomento in tre parti:

I) Cominceremo dal ricercare l'origine storica dell'istituto: quali precedenti esso abbia potuto avere nel diritto romano, quale sia invece la sua vera origine, qual'è stata la sua evoluzione storica: daremo qui qualche cenno di diritto comparato.

II) Passeremo poi a studiarne il fondamento e la natura: quale sia la sua giustificazione teorica: se si debba considerare come una condizione vera e propria; come debba distinguersi dalle figure analoghe del patto commissorio, della condizione risolutiva presunta, della presupposizione ecc. ecc. Daremo qui in forma di corollari, la soluzione di alcune delle più importanti questioni sull'argomento.

III) Sotto la forma di osservazioni generali daremo da ultimo il nostro modesto giudizio sul valore e sui limiti dell'istituto, rannodandolo al programma rappresentato specialmente dal Windscheid per far trionfare il domma della volontà su quello della dichiarazione della volontà.

ORIGINE STORICA

2.—La condizione risolutiva tacita è estranea al diritto romano.—Per molto tempo non s'è avuta chiara coscienza dei precedenti che la condizione risolutiva tacita abbia potuto avere nel diritto romano, e gli scrittori più antichi furono facilmente indotti a trovarne l'addentellato nella *condictio causa data, causa non secuta* nei contratti innominati. Ma gli studi ulteriori sull'origine e svolgimento storico dei contratti innominati, hanno pienamente dimostrato come questa *condictio*, pur dando luogo all'ingrosso agli stessi effetti, della condizione risolutiva tacita nulla abbia di comune con questa, differendone anzi essenzialmente dal punto di vista dei principii.

Non sarà inopportuno tratteggiare brevemente il sistema del diritto romano nel caso d'inadempimento dei contratti bilaterali, limitandoci a quello che può essere utile agli effetti della presente ricerca.

3.—Cont.^m Contratti bilaterali nominati—Tali erano la compra-vendita, la locazione-conduzione e la società: in ognuno di essi chi ha adempito, ha solo il diritto di costringere la parte inadempiente alla contro-prestazione, ma non può pretendere la risoluzione del contratto in seguito all'inadempimento dell'altra parte.

Fermandoci alla compra vendita, che è il contratto bilaterale che offre una maggiore importan-

za pratica, il venditore non poteva domandare contro il compratore la risoluzione della vendita per mancato pagamento del prezzo. Egli aveva, secondo i casi, due altre azioni, una più forte, l'altra più debole. Se non aveva venduto a credito, egli aveva in difetto di pagamento, l'azione di revindica, perchè la proprietà non era stata trasmessa *nondum soluto praetio*. Infatti secondo il diritto romano (l. 19 D. *de contrahenda emptione* 18. 1) « *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut praetium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione* ».

Se al contrario il venditore aveva venduto a credito (*fidem emptoris secutus*) non aveva per il pagamento del prezzo che un'azione personale, nè la proprietà ormai trasmessa al compratore poteva più far ritorno al venditore, anche nel caso di non pagamento. » *Si vineas distraxisti, nec praetium numeratum est, actio tibi praetii, non eorum quae dedisti repetitio competit* ». E la l. 14 Cod. *de rescindenda venditione*, non dichiara meno esplicitamente che il difetto di pagamento del prezzo da parte del compratore, non conferisce al venditore il diritto di far risolvere il contratto » *Non ex eo, quod emptor satis conventioni non fecit, contractus irritus constituitur*.

4.—Cont.^{ss} *Lex commissoria*—Ma una tale condizione di cose era troppo pericolosa pel venditore, il quale si trovava esposto a perdere insieme e la cosa, e il prezzo. Per porsi al coperto non gli restava che cercare nella propria diligenza quell'aiuto

e quella difesa che la legge non gli accordava di per sè stessa. Ciò egli faceva mediante il patto commissorio che aggiungevasi alla vendita: aggiungevasi cioè una clausola speciale con cui il venditore riservavasi il diritto di sciogliere la vendita e riprendersi la cosa, se il prezzo non era pagato dentro un certo tempo: « *Si intra certum tempus praetium solutum non sit, res inempta sit* » (l. S. D. 18. 3). In questo caso la vendita era pura e semplice, ma si risolveva se il pagamento non aveva luogo.

Con ciò si vede che, a differenza della condizione risolutiva tacita, il patto commissorio aveva il carattere d'una condizione risolutiva esplicitamente apposta, il cui avverarsi operava *ipso jure* la risoluzione del contratto. Certamente perchè essa potesse dirsi avverata, bisognava anzitutto che il venditore non avesse per parte sua portato nessun ostacolo al pagamento, e in secondo luogo che egli volesse giovare di questa condizione che egli aveva stipulato nel suo esclusivo interesse, rinunciando all'*actio ex vendito* pel pagamento del prezzo, che egli era sempre in diritto d'intentare. Ma, dati questi due estremi, la risoluzione doveva aver luogo senz'altro: non aveva il giudice facoltà, come l'ha in forza dell'art. 1165 di concedere dilazioni e di respingere anche la domanda di risoluzione così come gli è dato di fare nell'art. citato. E quindi, a differenza dell'azione di risoluzione derivante da questo articolo, quella nascente dal patto commissorio era una vera e propria *rei vindicatio*, poichè il venditore, in seguito all'effetto

retroattivo della condizione avverata, si reputava non aver perduto mai la proprietà della cosa venduta.

5. Cont.^{ss} Natura dell'azione nascente dalla *Lex commissoria*—Abbiamo detto che si trattasse d'una vera e propria *rei vindicatio*. E in sostegno di questa asserzione possiamo citare la l. 8 D. *de lege commissoria* 18-3 la quale parla di *vindicatio* spettante al venditore quando il prezzo non sia stato pagato nel termine dovuto; e più esplicitamente la l. 4 Cod. *de pactis inter emptorem* ecc. 4,54, la quale dice che trascorso il giorno fissato pel pagamento, il venditore può esercitare l'azione *vindicatoria*.

Senonché, accanto a questi testi ve ne sono altri i quali ammettono che al venditore non spetta altro che l'azione personale *ex vendito*. Così nella l. 3 Cod. 4,54 si dice che al venditore, se non ha trasmesso il possesso precario non spetta la *vindicatio*, ma l'azione *ex vendito*. Come si spiega questa contraddizione tra la l. 3 e la l. 4?

Lo Scialoia (*Traditio* p. 654 sgg.) la spiega così: nella compra-vendita la proprietà non passa se non è pagato il prezzo o *satis factum*, o non c'è stato il relativo affidamento: ora in vendita fatta sotto *lex commissoria* il prezzo non è stato pagato, ed è poco verosimile anche che vi fosse la *satisfactio* o l'affidamento, perchè colui che stabilisce che se il compratore non paga sia nulla la vendita, ha poca fiducia nel compratore: dunque la proprietà normalmente non passa nelle vendite sotto *lex commissoria*. Il venditore allora, essendo

rimasto proprietario della cosa, può sempre esercitare l'azione di revindica; ma questa azione rimane inefficace finchè pende la condizione, perchè il compratore le può opporre l'*exceptio rei venditae et traditae*, avendogli il venditore trasmesso di sua volontà il possesso interinale: e questo è il caso della l. 3.

Quando invece s'è avverata la condizione risolutiva per essere trascorso il tempo fissato senza che il compratore abbia pagato, allora l'*exceptio* di quest'ultimo viene a mancare di causa e riprende piena efficacia la *rei vindicatio* del venditore: e questo è il caso della l. 4.

Come si vede, continua lo Scialoja, la diversa risposta che si dà nelle due leggi dipende dal fatto che l'una si riferisce al tempo in cui non s'è verificata la condizione, l'altra al tempo posteriore. C'è però il caso, a cui accenna la l. 3, in cui il venditore non ha trasmesso al compratore che un possesso precario; e qui si capisce che anche prima che la condizione si sia verificata, il venditore possa efficacemente esercitare la *rei-vindicatio*, poichè il venditore non ha trasmesso nemmeno quel possesso interinale.

6. Continuazione.—Con questa spiegazione lo Scialoja riesce anche a sfuggire alle gravi difficoltà sistematiche a cui darebbero altrimenti luogo le due leggi che ammettono la *rei vindicatio*. È chiaro infatti che se nelle due vendite in esame la proprietà era già passata regolarmente al compratore mediante la tradizione della cosa, per ammettere poi, come ammettono le due leggi, che coll'avverar-

si della condizione risolutiva spetti al venditore la *rei vindicatio* sulla cosa venduta, bisogna fare anzitutto una recisa eccezione al principio generale del diritto giustiniano in cui la proprietà non può passare senza la tradizione, perché in questo caso essa senza tradizione ritornerebbe dal compratore al venditore.

Con ciò c'imbattiamo nella dibattutissima questione, se in diritto romano fosse ammessa o no la revoca reale della proprietà. Qui ricorderemo solo di sfuggita, come mentre alcuni vorrebbero escluderla assolutamente, ed altri ammetterla senza limitazione, v'è chi, seguendo una via intermedia, ammette la revoca reale solo nella *lex commissoria*, nella *in diem addictio* e nella *donatio mortis causa*. Per questi tre casi infatti, abbiamo delle prove irrefragabili, che non restano punto smosse dalle spiegazioni, alle volte ingegnosiissime, che se ne son volute dare, come quelle dello Schulin e dell'Appleton. (Cfr. SCIALOA l. c. p. 631 sgg.).

Finalmente un'opinione che allo Scialoja pare la più vicina al vero, ritiene che per diritto classico non sarebbe ammessa nessuna revoca reale, e lo sarebbe invece nel diritto giustiniano e che in questo senso Giustiniano avrebbe alterato dei testi perchè rispondessero al nuovo diritto.

E allora la contraddizione dei testi relativi alla *lex commissoria*, sarebbe dovuta ad interpolazioni gustiniane e precisamente dovremmo ritenere che siano genuine la l. 3 Cod. 4. 54 e la l. 4 D. 18.3 di Ulpiano, le quali ammettono una semplice revoca obbligatoria in base ad *actio ex vendito* per

il diritto classico: che invece le l. 4 Cod. 4.54 e l. 8 D. 18.3, le quali ammettono la *rei vindicatio*, siano state a tal uopo interpolate per riprodurre il cambiamento di diritto avutosi nel diritto giustiniano.

7.—**Continuazione.**—Come si vede, allo stato presente delle cose, non è facile venire ad un accordo tra i varii autori. Forse anche perchè tale accordo non ci fu nemmeno tra gli stessi giureconsulti romani.

Infatti, ciò a noi pare che si possa rilevare dalla l. 4 D. 18.3 citata, in cui Ulpiano si domanda quale azione dovrà esperire il venditore in una vendita sotto *lex commissoria* per ottenere il fondo i frutti percetti e il deterioramento imputabile al compratore.

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exolutum, inemptus flet: videamus quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint; itaque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio; sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et D. Severi declaratur.

Comincia dunque Ulpiano dal riconoscere che la condizione risolutiva, avveratasi per il mancato pagamento del prezzo, ha tolto di mezzo la compra: *et quidem finita est emptio*. Ora appunto qui nasceva il dubbio e dovettero esservi delle forti divergenze tra i giureconsulti per determinare la natura dell'azione spettante al venditore: vi fu chi ritenne che anppunto perchè la vendita era stata tolta di mezzo con l'avverarsi della condizione risolutiva,

non potesse concedersi l'*actio ex vendito* e avrebbe quindi attribuito la *rei vindicatio*. Questa soluzione però dovette essere rifiutata dagli altri, e dopo lunga discussione finalmente Ulpiano poté dire che *jam decisa questio est ex vendito actionem competere*: forse tale soluzione provenne anche più dall'autorità imperiale che dalla libera disputa scientifica dei giureconsulti: Ulpiano infatti richiama i rescritti *imperatoris Antonini et D. Severi*.

Constatata dunque la divergenza nelle opinioni dei giureconsulti, non ci deve maravigliar tanto il trovarla riprodotta nei digesti e nel Codice. E ciò sia per incuria dei compilatori, sia, il che è più verosimile a ragion veduta, per pura notizia storica.

Ad ogni modo quello che a noi preme di far rilevare agli effetti della presente ricerca (motivo per cui siamo discesi a questa piccola digressione è che reale ed obbligatoria che sia la revoca della vendita sotto legge commissoria nel caso di mancato pagamento del prezzo, egli è certo che la condizione risolutiva produce sempre il suo pieno effetto, di annullare *ipso iure* la compra-vendita: *et quidem finita est emptio*, diceva Ulpiano.

E ciò diversamente a quello che avviene nella c. r. tacita di cui all'art. 1165 C. C., la quale non opera *ipso iure*.

8.—Contratti innominati—Finora abbiamo veduto come pei contratti nominati mancasse nel diritto romano qualsiasi accenno alla condizione risolutiva tacita: se si voleva raggiungere l'effetto della risoluzione, bisognava farlo mediante la *lex commis-*

soria, la quale differiva però anch'essa nel suo modo di operare dall'odierna c. r, tacita.

Una certa analogia invece, l'abbiamo rilevato fin da principio, si potrebbe ravvisare tra la c. r. tacita e la *conditio causa data, causa non secuta*; e molti scrittori hanno voluto ravvisarvela. Ma ogni analogia sparirà non appena si riguardi un po' bene l'indole di questa *condictio*, messa in relazione con l'origine relativamente recente dei contratti innominati.

9. — Cont.^{na} Prima del loro riconoscimento — Per molto tempo le uniche figure di contratti riconosciute, furono quelle tradizionali (contratti formali, reali, consensuali): fuori di esse non nasceva obbligazione alcuna. All'autore d'una dazione era tuttavia concessa una *condictio causa data, causa non secuta*, per mezzo della quale poteva almeno ripetere la cosa che egli aveva consegnata, senza ottenere ciò che dalla consegna si fosse ripromesso. Questa *condictio*, mediante la quale si evitava l'indebito arricchimento della parte che aveva ricevuto la cosa a danno dell'altra, poteva esercitarsi indipendentemente dall'esistenza di un vincolo contrattuale qualsiasi, non essendo in un vincolo contrattuale, ma piuttosto in un principio di equità, ch'essa trovava il proprio fondamento.

A chi aveva data la cosa era anzi riconosciuto il diritto di pentirsi, *jus poenitendi*, e finchè non fosse stata eseguita la prestazione che doveva essere il corrispettivo della cosa data, di domandare la restituzione di questa anche per semplice mutar di consiglio o sebbene l'altra parte fosse pronta

all'adempimento. (1) Questa *condictio ex poenitentia*, che venne meno, come vedremo in seguito, col riconoscimento dei contratti innominati, prima di tale riconoscimento si confondeva con la *condictio causa data, causa non secuta*, dalla quale non eravi allora alcuna ragione di distinguerla.

Ma se l'autore d'una dazione poteva, mediante una *condictio*, ripetere la cosa ad altri consegnata in vista d'una determinata controprestazione che ancora non fosse stata eseguita, lo stesso non poteva dirsi di chi aveva non già *data*, ma *fatta* una cosa, poichè la *condictio causa data, causa non secuta* non poteva trovare applicazione nei negozi *facio ut des, facio ut facias*. E così colui il quale aveva fatta una cosa e nulla otteneva in contraccambio, rimaneva esposto ad una perdita irreparabile, nessun mezzo avendo per costringere chi vi mancava all'adempimento d'una convenzione cui la legge non dava la propria sanzione, e ostando d'altra parte alla ripetizione d'un fatto compiuto, una materiale impossibilità.

Fu il bisogno di ovviare ai gravi inconvenienti che derivavano da una simile condizione di cose, che consigliò di accordare nei negozi *facio ut des, facio ut facias*, un'*actio doli* o un'*actio in factum* all'autore, del fatto contro colui il quale non aveva eseguita la controprestazione. Per identità di ragioni tali azioni furono poscia concesse anche nei negozi che avevano avuto principio con la tradizione d'una cosa, quando pure in essi l'eser-

(1) Voet, Ad Pandectas XII, tit. IV, § 4; Windscheid II § 371, n. 2.

cio della *condictio causa data, causa non secuta* fosse diventato impossibile.

10.— **Cont.^{re} loro riconoscimento**—A questo primo passo altri ne tennero dietro. Il problema circa l'efficacia obbligatoria, una volta eseguita la prestazione dall'una delle parti, si presentò dapprima in ordine alla permuta, negozio *do ut des*.

I Sabiniani (Cfr. Bonfante Inst. p. 429), fondandosi sull'analogia economica che la permuta ha con la compravendita, pretesero di considerarla come una compra-vendita e quindi sancirne la validità obbligatoria in base all'obbligo reciproco assunto dalle parti e manifestato col consenso. I Proculeiani, però, considerando come essenziale alla compra-vendita che un oggetto abbia funzione di merce, l'altro di moneta, ripudiarono quest'opinione. E furono seguiti da Giustiniano.

Ma in generale, nel progressivo riconoscimento di queste nuove figure, due tendenze si fanno palesi. La scuola dei Sabiniani, senza ritenere la natura contrattuale dell'obbligazioni in simili rapporti, via via che la pratica ■ l'urgente equità reclamavano la sanzione giuridica, consigliava al Pretore un'*actio in factum*. I Proculeiani invece, a quel che sembra, riconobbero il contratto; e l'azione come nascente dal contratto era civile e si disse *actio civilis incerti*, in quanto nella *demonstratio* della formula non potendosi nettamente avvisare col proprio nome il negozio concluso, si suppliva con una descrizione in principio della formula (*praescriptio*, onde *praescriptis verbis agere*) cui soggiungevasi l'*intentio incerta* (*quiquid dare*

facere oportet ex fide bona) delle azioni di buona fede.

A questo punto si fermò il diritto classico. L'elaborazione scolastica delle quattro categorie, nella quale si abbandona l'elaborazione sporadica sulla base della causa e dell'analogia coi contratti nominati, sembra opera del diritto post-classico; e a Giustiniano o alle scuole orientali di diritto romano appartiene probabilmente l'invenzione dell'*actio praescriptis verbis*. (1)

11.—Cont.^{re} Dopo il loro riconoscimento: differenza tra *condictio causa data....* e *c. r. tacita*—Riconosciuto anche ai contratti innominati il carattere contrattuale, e posta in loro difesa l'*actio praescriptis verbis*, non perciò venne meno la *condictio causa data, causa non secuta* (2) in quei negozi (*do ut des, do ut facias*) nei quali essa era ammessa come unico rimedio innanzi al loro riconoscimento. E quindi, per quel carattere d'inerzia storica proprio di tutti i diritti e caratteristico del diritto romano, accanto alla nuova azione contrattuale perdurò l'esercizio della *condictio*; colui che aveva compiuto la sua prestazione era arbitro di

(1) Cfr. Scialoja, *Compravendita*, 1907.

(2) Invece venne necessariamente meno, la *condictio ex poenitentia*. Infatti quando la dazione *ob rem* non faceva nascere alcun contratto, la *condictio* aperta al suo autore non aveva certamente bisogno d'essere motivata sopra una inesecuzione imputabile alla parte avversaria; quindi la *condictio ex poenitentia*, si confondeva con quella *causa data, causa non secuta*. Ma una volta ammesso che la parte che aveva ricevuta la dazione si trovava veramente obbligata *ex contractu*, lo *jus poenitendi* dovette scomparire perché non poteva ammettersi che una delle parti contraenti rimanesse arbitra di sciogliere o di mantenere il contratto secondo la sua convenienza e il suo capriccio.

scegliere tra l'una e l'altra. Egli poteva mediante la prima obbligare l'altra parte all'adempimento del contratto ■ quindi a fare la controprestazione, o in mancanza al risarcimento di danni; mediante la *condictio*, poteva ottenere la cosa che aveva data e operare così la risoluzione del contratto, finchè l'altra non avesse compiuto la propria prestazione.

Con ciò, come si vede egli era messo in una condizione molto analoga a quella in cui si trova oggi il contraente di un contratto bilaterale, dopo aver eseguita la propria prestazione, nel caso che l'altro contraente non adempia le obbligazioni, assunte. Anche qui infatti a norma del 1.° capoverso dell'art. 1165 C. C., la parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento.

Ma a ben guardare, pur riconoscendo che gli effetti sono in gran parte eguali, il punto di partenza è affatto diverso nei due casi. Nell'uno, ■ cioè nei contratti innominati del diritto romano, l'azione contrattuale è una sola, quella *praescriptis verbis*, diretta, secondo i principii del diritto romano, all'adempimento del contratto. La *condictio* con cui chi ha prestato riprende la cosa sua facendo risolvere il contratto, non è una azione contrattuale. Essa non deriva dal contratto, ma dal semplice fatto della dazione, anzi essa in tanto può intentarsi, in quanto per una finzione contraria alla realtà e dovuta soltanto al risultato storico, si continua a riguardare, agli effetti della *condictio*, come non

avvenuto il contratto innominato. Tanto è vero, ciò, che non è dato a colui che si vale della *condictio* nessun diritto al risarcimento di danni per l'inadempimento di un contratto, che è in realtà esistito, ma che egli ha dovuto fingere, per poter esercitare la *condictio*, non esistente.

Molto diversamente stanno le cose nella condizione risolutiva tacita dell'art. 1165, Qui tanto l'azione diretta all'adempimento, quanto quella diretta alla risoluzione, poggiano entrambe sulla base di un contratto che la prima tende di portare ad effetto, la seconda a risolvere. Se l'attore ha diritto di domandare anche la risoluzione, si è perchè si presume che egli volle contrarre un vincolo obbligatorio solo sotto la condizione di esserne liberato qualora l'altra parte non eseguisca da canto suo quelle obbligazioni che l'avevano alla sua volta indotto ad obbligarsi. È quindi chiaro che, a differenza della *condictio*, l'azione di risoluzione presuppone il contratto che essa tende a risolvere; e siccome la causa della risoluzione di questo contratto è il colpevole inadempimento da parte dell'altro contraente, così è chiaro come a lui sia dovuto, a differenza sempre di quello che avveniva nella *condictio*, il risarcimento dei danni provenienti dall'inadempimento. E di fatti l'art. 1165 1.° capoverso concede il diritto al risarcimento tanto nel caso in cui si domandi l'adempimento del contratto, quanto in quello in cui se ne domanda la risoluzione.

Si deve dunque riconoscere che la *condictio causa data, causa non secuta* nulla ha a fare con la condizione risolutiva tacita.

12.—Origine francese della c. r. tacita—La vera origine della c. r. tacita deve essere ricercata in Francia.

Nei paesi di *droit écrit* rimasero per lungo tempo in vigore i principii romani: in caso d'inadempimento del contratto bilaterale, la parte che aveva adempiuto o era pronta ad adempiere la propria obbligazione, poteva agire contro l'altra con un'*actio ex contractu* per ottenerne l'adempimento. Chi voleva godere il diritto di risolvere il contratto doveva ricorrere al patto commissorio. Fu questa la giurisprudenza seguita nel Parlamento di Tolosa sino alla promulgazione del Codice Napoleone. Chè anzi, secondo la testimonianza di Despeisses, citato da Troplong (Vente n.° 621) e da Demolombe (Des contrats II. n.° 486), si era tanto severi nell'applicazione del principio romano alieno dalla risoluzione dei contratti per inadempimento, che anche quando il contratto portava la clausola espressa di riserva di dominio, il venditore non poteva per ciò domandare la risoluzione della vendita in caso di mancato pagamento del prezzo.

Senonchè nei paesi de *droit contumier* il patto commissorio si venne allontanando a poco a poco dalla natura originaria della *lex commissoria romana*, di vera e propria condizione risolutiva operante *ipso iure*: esso venne piuttosto accostandosi a quello che fu poi la condizione risolutiva tacita.

Quando, come, perchè questo cambiamento si sia avuto, non è qui il luogo di cercare più a fondo. Probabilmente vi dovette influire la costante tendenza che si è avuta, e che continua tuttora,

di limitare quanto più è possibile nell'interesse dei terzi, l'assoluta forza retroattiva delle condizioni in genere; e nel caso nostro, della condizione risolutiva sorgente dalla *lex commissoria*. (1) A ogni modo, certo si è che quando siamo a Domat, il cambiamento è già avvenuto: la teoria ch'egli fa del patto commissorio è ben lungi dal riprodurre l'antica teoria della *lex commissoria*.

« Le pacte, ou clause résolutorie, egli dice (Lois civiles, Libr. I. tit. II, lez. XII n.° 11 sgg.), est cette convention ordinaire dans les ventes, que si l'acheteur ne paye en terme, la vente sera résolue. Et cette même peine de la résolution de la vente, peut être aussi stipulée pour l'inexécution de quelque autre convention qui ferait partie du contrat de vente. Comme s'il est dit que si une maison est vendue exempte d'une servitude, s'y trouve sujette, le vendeur sera tenu de la reprendre ».

Fin qui nessuna novità sulla teoria romana; ma poi continua (n.° 12). « Les clauses résolutoires au défaut de payer au terme ou d'exécuter quelqu'autre convention, n'ont pas l'effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire; mais on accorde un délais pour exécuter ce qui a été promis; si ce n'est que la chose ne pût souffrir de retardement, comme si le vendeur manque de délivrer de la marchandise promise pour le jour d'un embarquement ».

Questa sentenza spiega l'art. 1656 C. franc. il quale limita in modo speciale l'effetto retroattivo nascente dal patto commissorio nelle vendite immobiliari; e dettò l'art. 1661 Cod. Albertino il quale, pur accogliendo in genere l'istituto della c. r. tacita, la esclude nelle vendite immobiliari e giunse a dichiarar nullo qualunque patto contrario.

Qui, come è facile vedere, ci s'è allontanati un bel po' dalla *lex commissoria* romana: il patto commissorio non produce l'effetto di risolvere senz'altro la vendita nel caso d'inadempimento; ma si accorda una dilazione per eseguire quello che è stato promesso, eccettocchè si tratti di prestazione che a causa del ritardo abbia cessato di presentare un'utilità per l'altro contraente. Dunque il patto commissorio s'è avvicinato di molto alla condizione risolutiva tacita: la principale differenza che ancora rimane è che anzitutto il primo dev'essere formulato esplicitamente, la seconda è sottintesa; ■ in secondo luogo, quanto alle condizioni del loro esercizio, il patto commissorio trascorsa la dilazione concessa dà luogo senz'altro alla risoluzione, mentre nella condizione risolutiva tacita, la risoluzione è sempre rimessa al libero apprezzamento del giudice.

Certo però, che dal patto commissorio così inteso, alla condizione risolutiva tacita, il passo è breve; la pratica non dovette tardar molto a farlo, nè la dottrina dovette aver grande difficoltà a conoscerlo. Lo stesso Domat continua a dire (n° 19):

« Quoiqu'il n'y ait pas de *clause* de résolution faute de payer au terme, ou d'exécuter quelqu'autre convention, la vente ne laissera pas d'être résolue, si le défaut de payement et l'inexécution y donnent lieu après les délais selon les circonstances » E ne dà anche la spiegazione: « Car, (soggiunge) les contractants ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement »,

19.—Cont.^{na} —Giustificazione di Pothier—Anche

Pothier si occupa abbastanza esplicitamente, dell'origine della condizione risolutiva tacita.

Egli, sulla testimonianza di Despeisses insegna (*Vente* n.° 476) che i principii romani furono dapprima seguiti nella pratica francese. E si riferiva senza dubbio ancora a questa pratica, quando scriveva nel suo trattato delle obbligazioni (Tom. II, n.° 672) che « Dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractants, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre. »

Ma subito dopo, egli accenna all'introduzione della nuova dottrina che sottintende sempre questa condizione risolutiva in tutti i contratti sinallagmatici:

« Comme le plus souvent, egli dice, on ne peut, sans des grands frais, se faire payer par ses débiteurs, on été obligé de se départir dans les Tribunaux, de la rigueur de ces principes; et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissaire ».

Pothier però a differenza di quello che abbiamo veduto esserci attestato da Domat, non rileva il cambiamento che d'altro lato era venuto a subire il patto commissorio romano. Egli quindi pone ancora nettamente la differenza tra il patto commissorio e la nuova condizione risolutiva tacita.

« Il y a (continua) seulement cette différence que, lorsqu'il y a un pact commissaire, le juge, sur la

demande donnée après l'expiration du temps porté par le pacte, doit prononcer d'abord la résolution du contrat et permettre au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue; au lieu que, lorsqu'il n'y a pas de pacte commissoire, le juge sur la demande du vendeur, rend une première sentence, par laquelle il fixe un certain déali, qui est laissé à son arbitrage, dans lequel il *ordonne* que l'acheteur sera tenu de payer; passé lequel temps, il sera permis au vendeur di rentrer en possession de la chose, qu'il a vendue: et si l'acheteur ne paye pas dans le dit temps, le vendeur après l'expiration du temps, doit obtenir une seconde sentence, qui, faute l'acheteur d'avoir satisfait à la première, déclarera le contrat de vente nul et résolu..... ».

Non sappiamo veramente a che attribuire, questa divergenza tra Domat e Pothier. Certamente il cambiamento nella teoria del patto commissorio segnalato da Domat, dovette esserci, perchè altrimenti dovrebbe ammettersi, o ch'egli se lo fosse inventato di sana pianta, o che avesse falsamente interpretata la teoria, della *lex commissoria romana*, ipotesi, tanto l'una quanto l'altra, abbastanza inverosimili per un tale scrittore.

E' più facile ammettere che il cambiamento segnalato dal Domat si limitasse da alcuni paesi della Francia, e che Pothier nel porre il suo contrapposto, si fosse riferito a paesi in cui tale cambiamento non erasi avuto; o che si fosse addirittura riportato alla teoria pura del patto commissorio del diritto romano, per far meglio risaltare il contrapposto di cui si occupava.

14.—Cont.^{na} Ordinamento dell'istituto nella dottrina anteriore al Codice—Ma la condizione risolutiva tacita, così come l'intende Pothier, non è ancora quella che fu sanzionata dal Codice napoleonico (art. 1184) e adottata poi dal nostro. Le origini del nuovo istituto erano ancora troppo recenti, e d'altra parte, l'autorità del diritto romano ancor molto forte, perchè la condizione risolutiva tacita potesse funzionare liberamente.

La dottrina, certo recalcitrante, dovette cedere agl'impellenti bisogni della pratica, di risparmiare le grandi spese a cui si va sovente soggetti, come dice il Pothier, per farsi pagare dai propri debitori. Ma d'altra parte, egli deve confessare che il nuovo istituto si allontana « de la rigueur des principes ». Di qui tutte quelle limitazioni e quelle guarentigie di cui si volle circondare la condizione risolutiva tacita, restrizioni che dovettero certo diminuire di molto i benefici effetti.

Infatti, come abbiamo veduto sopra insegnato dal Pothier, quando non v'è patto commissorio, il giudice sulla domanda del venditore, rende una prima sentenza con la quale fissa una certa dilazione lasciata al suo arbitrio e durante la quale egli ordina al compratore di pagare. Ma se il compratore non paga. nel termine fissato, il venditore potrà rientrare nel possesso della cosa, ma non perciò il contratto è ancora risoluto. Perchè ne ottenga la risoluzione bisognava che trascorso il termine anzidetto il venditore ottenesse una seconda sentenza, prima della quale il compratore era sempre in tempo di pagare il prezzo. E solo se egli ciò non

avesse ancora fatto, la seconda sentenza veniva a dichiarare risoluto il contratto di vendita.

Da ciò si vede che il funzionamento del nuovo istituto non doveva molto corrispondere agl'intendimenti per cui era stato introdotto. Certo che col richiedere una seconda sentenza dopo quella prima che aveva concesso la dilazione, si andava incontro a delle lungaggini che potevano riuscire molto pregiudizievoli all'attore. E a ogni modo, non si raggiungeva punto l'economia delle spese che, a confessione di Pothier, era stato il motivo principale, se non l'unico, che aveva indotto la pratica dei Tribunali ad adottare il nuovo istituto.

15.—Cont.^{no} La c. r. tacita nel Codice francese (art. 1184).—Ben fece quindi il legislatore francese, quando sanzionando nell'art. 1184 l'istituto della condizione risolutiva tacita, lo liberò dalle soverchie limitazioni con cui la dottrina anteriore aveva cercato di mitigarne gli effetti.

Anzitutto si sentì la necessità di fondarlo sopra un principio più rigorosamente giuridico e praticamente più vicino al vero, che non fosse il semplice motivo economico addotto da Pothier. Quindi nell'esposizione dei motivi, il Bigot-Préameneu, rannodandosi alla teoria di Domat, dichiarava il fondamento del nuovo istituto dicendo che « nei contratti sinallagmatici si presume che ciascuna parte siasi obbligata sotto una condizione risolutiva, nel caso in cui l'altra parte non soddisferebbe alla sua obbligazione » (Lochè, VIII. 70).

Con ciò il nuovo principio non stava più in urto con l'altro, della stabilità delle convenzioni, e ri-

entrava perfettamente nel sistema rigorosamente giuridico. La risoluzione del contratto per volontà di una delle parti non deve più meravigliare: il contratto si risolve, per la ragione che fin dal suo inizio era nato affetto da questa possibilità di risoluzione nel caso d'inadempimento. E ciò, si noti, per la volontà di entrambi in contraenti: volontà bilaterale dunque, benchè sottintesa, la quale toglie pertanto l'apparente contraddizione ai principii, della risoluzione d'un contratto bilaterale per volontà d'una sola delle parti.

Giustificata in tal guisa la risoluzione del contratto sinallagmatico pel caso d'inadempimento di una delle parti, e postala nella natura della condizione risolutiva tacita, si potevano trarne, a rigor di diritto, tutte le conseguenze inerenti alla condizione risolutiva: non reggeva più l'accusa di Pothier, trattarsi di una risoluzione che si allontanava dal rigore dei principii.

Tuttavia si credette opportuno di limitare in qualche modo nella pratica, gli effetti di questa condizione risolutiva.

Anzitutto si stabilì che essa non opererebbe *ipso iure* la risoluzione del contratto, ma questa dovrebbe essere chiesta ■ pronuciata dal giudice. Perchè? A questo punto l'esposizione dei motivi del Bigot-Préameneu, manca della solita chiarezza. « La parte, egli dice, la quale può reclamare l'effetto di questa condizione, *deve nello stesso tempo essere autorizzata a costringere, nei modi di legge, l'altra parte ad eseguire la convenzione*: allora si rende necessario che essa ricorra ai tribunali, ed anche quando la

condizione risolutiva fosse formalmente stipolata, bisognerebbe sempre provare l'inadempimento, verificarne le cause e distinguerle da quelle di un semplice ritardo; ■ qualora in questo esame appariscano delle scuse sufficienti, il giudice può esser costretto dall'equità ad accordare un differimento».

Perchè dunque la risoluzione non si opera *ipso iure*, ma deve essere domandata al giudice? Dal modo, certo molto infelice con cui il Bigot-Préameneu si esprime, (vedi le parole sottolineate) parrebbe ch'egli lo richiedesse per conservare alla parte che può reclamare l'effetto della condizione risolutiva, il diritto di chiedere invece l'esecuzione del contratto; quasi temendo che se la condizione producesse *ipso iure* i suoi effetti, verrebbe a cadere nella parte a favore della quale essa si opera, il diritto all'adempimento.

Ma questo timore sarebbe del tutto infondato. Infatti la condizione risolutiva, anche quando produce *ipso iure* la risoluzione del contratto per volontà esplicita dei contraenti, tanto rispetto a colui che ha adempiuto, quanto a chi ha mancato all'esecuzione della propria obbligazione: essa invece opera solo a vantaggio del primo, contro il secondo, e quindi è lasciata all'arbitrio del primo il quale può farla valere o no secondochè preferisca la risoluzione e l'esecuzione del contratto. E' precisamente, come abbiamo veduto, quanto ci insegnava Pomponio nella l. 2. D. 18,3, anche pel caso della risoluzione *ipso iure* derivante dalla *lex commissoria*.

La vera ragione dunque, per cui s'è voluto che la risoluzione non avvenisse *ipso iure*, ma dovesse

essere pronunciata dal giudice, è quella a cui il Bigot-Préameneu accenna verso la fine del passo surriferito. Il giudice deve, secondo le circostanze, valutare il grado e i motivi dell'inadempimento, ■ in relazione di essi interpretare la volontà dei contraenti, per poter decidere se veramente s'è verificata quella condizione risolutiva che, tanto più perchè sottintesa e non esplicitamente formulata, rende indispensabile un tale esame da parte del magistrato.

Ed egli, secondo la varietà delle circostanze, deciderà se sia il caso di pronunciare la risoluzione, o non si debba invece, sull'interpretazione sempre della volontà contrattuale, concedere una semplice dilazione.

Questi sono gli equi e giusti temperamenti che il legislatore francese ha portato alla condizione risolutiva tacita. E corrispondentemente a ciò l'art. 1184 così dispone:

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

16.—Cont.^o—La c. r. tacita, nei Codici italiani preesistenti—L'art. 1275 del Codice Albertino ri-

produsse l'art. 1184 del Codice francese, adottando in genere l'istituto della condizione risolutiva tacita, il sistema del primo progetto (art. 87) (1) di voler equiparare alla condizione risolutiva tacita, anche quella espressamente pattuita, non passò nel testo definitivo del codice, per le giuste critiche mossevi contro dalla Camera dei Conti e dal Senato di Genova. Sarà opportuno dirne qualche parola, per illuminare la questione che si fa in proposito sotto l'impero del nostro Codice.

Questa modificazione sul Codice francese era stata evidentemente portata per risolvere una questione che si faceva e si fa tuttora sotto l'impero di quel diritto: si domandava cioè quale fosse l'efficacia di una condizione risolutiva espressamente apposta dalle parti, se essa dovesse operare *ipso iure*, o la risoluzione del contratto dovesse esserne pronunciata dal magistrato. I compilatori del Codice sardo cercarono di risolverla in questo secondo senso e inserirono perciò la clausola surreferita. Ma la bontà di questa risoluzione, che per altro contava molti seguaci in Francia (Zachariae, Aubry et Rau Colmet de Santerre, Larombière, Demolombe, e lo stesso Bigot-Préameneu nell'esposizione dei motivi sopra ricordata, opinavano però contro, Toullier, Troplong, Delvincourt, Duranton) fu posta in dubbio:

« Stando al principio (osservava la Camera dei Conti) che ogni qualvolta le convenzioni non sono

(1) Art. 87 « Tanto nel caso in cui la risoluzione è sottintesa, come in quello in cui sia espressamente pattuita, il contratto non è sciolto *ipso iure* ».

ai buoni costumi e al ben pubblico in opposizione, debbono dal legislatore mantenersi in osservanza, ne dedusse il Magistrato l'opportunità di distinguere il caso in cui la risoluzione del contratto fosse stata dalle parti *convenuta formalmente*, dal caso in cui la medesima, non avendo formato oggetto di patto speciale, si dovesse semplicemente sottindere. Bensì in quest'ultima ipotesi non si riteneva inopportuno che si lasciasse in arbitrio del giudice di concedere una equitativa dilazione, ma nell'altra ipotesi, siccome il preciso stipulato patto di risoluzione non aveva in sè nulla che pugnasse col pubblico interesse, perciò non si vedeva motivo per cui la pubblica autorità ne volesse impedire lo effetto. E pertanto, anzichè approvasse il Magistrato l'aggiunta fatta in questo articolo, delle espressioni « *come in quello in cui la risoluzione sia espressamente pattuita...* », esso fu d'avviso che vi si dovesse, all'opposto, bene esplicitamente indicare, che in quest'ultima ipotesi il giudice non avrebbe facoltà di concedere una dilazione, limitando così il di lui arbitrio ai soli casi in cui la risoluzione del contratto fosse stata sottintesa. »

E pressochè negli stessi termini, il Senato di Genova osserva « che il patto *espresso* abbia ad importare la volontà nelle parti di stabilire una sanzione maggiore di quella della legge pel caso del loro silenzio. La legge saggiamente aspetta il richiamo del contraente dell'inadempimento per parte dell'altro, ma questo inadempimento fu già da essi stabilito nelle sue qualità e nei suoi effetti, quando fu stipulata la condizione risolutiva,

quindi non sembrerebbe giusto il vietare in tal caso che abbia a pronunziarsi, incorsa di pien diritto la risoluzione. Preferirebbe perciò il Senato la disposizione come sta nell'articolo 1184 del Codice francese, che lascia l'incarico al giudice di misurare l'estensione della risoluzione sottintesa ».

E la Commissione Legislativa aderiva a queste giuste osservazioni: « Credesi (essa rispondeva) che al giusto scopo cui alludono i due Magistrati, della Camera e di Genova, di serbare cioè illese le *stipulazioni espresse*, quando alla risoluzione del contratto, basterà come nell'articolo corrispondente del codice francese, limitare la facoltà data al giudice di concedere dilazioni, al caso soltanto di *clausola resolutoria sottintesa*, togliendo le parole che s'erano aggiunte nella redazione del Progetto ».

Dell'eccezione che il Codice sardo faceva al principio generale della condizione risolutiva tacita in caso di mancato pagamento del prezzo nelle vendite immobiliare (art. 1661) e che esso espressamente richiama nell'art. 1275 1.º comma, dovremo occuparci in seguito.

17.—**Continuazione** — Il Codice napoletano del 1819 riproduceva letteralmente l'art. 1184 del Codice francese. Se ne discostò invece notevolmente il Codice Parmense. Ecco come esso formulò il corrispondente art. 1159.

« La condizione risolutiva non ha luogo, se non quando sia espressamente pattuita. In questo caso però il contratto non è sciolto *ispo iure*. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta, o di costringere l'altra all'adempimento della

convenzione, quando ciò sia possibile, o chiederne lo scioglimento, e insieme i danni e interessi ».

Come dunque si vede, esso non accoglie l'istituto della condizione risolutiva tacita. Gli effetti che a questa sono attribuiti nel Codice francese, esso li riserba al caso di condizione risolutiva espressamente pattuita, alla quale nega per tanto la risoluzione *ispo iure*.

Nemmeno il Codice austriaco del 1811 accettò la condizione risolutiva tacita. L'art. 919 dispone:

« Se una delle parti omette interamente di adempiere il contratto, o non l'adempie nel tempo, nel modo convenuto, l'altra parte, eccettuati i casi determinati dalla legge o di una riserva espressa, non ha il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto, ma soltanto l'esatto adempimento di esso ■ l'indennizzazione ».

Nel Progetto di revisione del Codice Albertino (1.° Progetto Cassinis) 1860, l'art. 1275 del Codice stesso, aggiungendo però alla fine del 1.° capoverso le parole « in ambi i casi » togliendo con ciò il dubbio ch'era nato sotto l'impero del diritto precedente, se cioè il risarcimento dei danni fosse dovuto solo nel caso della risoluzione, o anche nel caso in cui si domandasse l'esecuzione del contratto.

18.—Lavori preparatori del C. C. italiano—Il II progetto Cassinis del 1861 ritornò (art. 1312) all'art. 1275 del Codice Albertino:.

Il progetto Miglietti del 1862, (art. 1205) sopprime nel 1.° comma le parole « salvo ciò che è stabilito nel titolo della Vendita » e ciò perchè sopprime l'eccezione che l'art. 1661 del Codice

sardo faceva al principio generale della condizione risolutiva tacita, nel caso di vendita immobiliare. Inoltre, alla fine del 1.° capoverso aggiunse le parole « in ambedue i casi » come aveva fatto il 1.° progetto Cassinis.

Il progetto Pisanelli del 1863 riprodusse (art. 1137) l'articolo 1205 del progetto Miglietti.

Inoltre il Pisanelli nella sua Relazione giustificava con queste parole il sistema seguito dal progetto:

« Si comprende che nel caso in cui una delle parti, valendosi della condizione risolutiva sotto-intesa nelle convenzioni bilaterali, domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione assunta dall'altra parte, possa la legge attribuire al giudice la facoltà di concedere a questa una dilazione per l'adempimento; imperocchè la risoluzione può trarre seco gravissime conseguenze a danno della stessa parte, e d'altronde il diritto a chiedere la risoluzione procedendo dalla disposizione della legge, questa ha potuto sottoporlo a determinate modalità. Ma quando il creditore si limita a domandare l'esecuzione dell'obbligazione, la legge e il giudice non possono intervenire tra lui e il debitore per variare la loro condizione giuridica ».

L'art. 1137 passò senz'alcuna modificazione, a formare l'art. 1165 del Codice.

19.—**Diritto comparato**—L'istituto della condizione risolutiva tacita è estraneo al diritto tedesco. Il diritto comune tedesco seguì in ciò perfettamente il sistema del diritto romano, che negava ad

uno dei contraenti il diritto di risoluzione pel fatto dell'inadempimento delle obbligazioni incomben- ti all'altro. Chè anzi esso andò più in là, perchè venuta a mancare l'antica distinzione tra contratti nominati e innominati, anche il regolamento di questi ultimi venne pareggiato a quello dei primi, e fu negata quindi per essi la *condictio causa data, causa non secuta*. la quale, come a suo tempo abbiamo visto, concorrendo con l'azione *ex contractu* diretta all'adempimento, veniva a produrre nella pratica effetti molto analoghi a quelli che nel nostro diritto derivano dalla disposizione dell'art. 1165 Cod. Civ.

Ecco come si esprime in proposito il Windscheid (*Pandette* § 321 n.º 2).

« Chi ha adempiuto ha il diritto di esigere l'adempimento dalla controparte; ha egli anche il diritto, ove tale adempimento non avvenga, di ripetere ciò che è stato da lui prestato? Secondo il diritto romano un tale diritto di ripetizione era fondato in ordine a quei contratti bilaterali che non erano svincolati da forma (contratti innominati: secondo il diritto odierno esso è in massima escluso da tutti i contratti bilaterali ».

E questi principii del diritto comune, furono sanzionati dalle diverse legislazioni tedesche. Del codice austriaco abbiamo avuto occasione già di parlare tra i codici italiani preesistenti. Il Codice prussiano trattando delle obbligazioni che nascono dal contratto di vendita, stabiliva (art. 231) che ad eccezione delle vendite mobiliari di poco valore, in tutte le altre, nè il venditore, nè il compratore possono recedere dal contratto:

« La non esecuzione di una delle parti, non dà all'altra il diritto di far annullare il contratto, ma solo di domandare i danni-interessi ».

Il Codice sassone (§ 864) contiene una disposizione analoga a quella del Codice austriaco.

Ma quando, prima di venire al Codice civile dell'impero, si volle tentare un principio di unificazione legislativa nel « Disegno per una legge comune sulle obbligazioni per gli Stati della Confederazione germanica », nelle discussioni che a tal uopo ebbero luogo a Dresda nel 1864, vi fu vivamente agitata la questione se si dovesse accogliere nello schema la massima sancita dall'art. 1184, del Cod. civ. francese.

Tuttora l'esito fu quasi interamente negativo. Le conclusioni alle quali si giunge, furono che non si può affermare in modo assoluto e generale che nei contratti sinallagmatici l'intenzione ordinaria delle parti sia che la mora dell'una autorizzi l'altra a risguardare il contratto come se non fosse stato concluso, e che è una funzione ripugnante alla realtà la teoria del Codice francese, che un tal patto sia stato apposto tacitamente ad ogni contratto. Si adottò quindi il principio, che se un contraente non adempie la sua obbligazione, l'altro non acquista perciò la facoltà di recedere dal contratto, se non è stabilito diversamente dal patto o dalla consuetudine (art. 148).

Per la considerazione tuttavia, che la riserva della facoltà in una parte di recedere dal contratto quando l'altra non lo adempia, può scaturire dalle circostanze o dal modo con cui venne con-

chiuso il contratto medesimo, si stabilì nell'art. 149, « che se in un contratto fu pattuito, o risultata dalle circostanze, in ispecie dalla natura dell'oggetto, che la prestazione debba seguire ad una data epoca, nè prima nè dopo, entro un certo tempo e non più tardi, qualora una parte non presti ciò che deve, nel termine suddetto, l'altra parte ha il diritto di recedere dal contratto, come se non fosse mai stato conchiuso e di ripetere ciò che avesse prestato, ovvero di far valere le ragioni che le competono pel contratto ».

Per quanto concerne poi gli effetti speciali della mora, fu, in seguito alla discussione apertasi intorno alle disposizioni da dettarsi a questo proposito, deciso di subordinare in caso di mora del debitore il diritto di recesso del creditore alla prova che a cagione della mora la prestazione è divenuta inutile ad esso creditore (art. 308); e ciò perchè si ritenne che ove si voglia far discendere il diritto del recesso dalla mora, un tal diritto non si possa sostenere se non quanto *l'id quod interest* consista appunto nella liberazione dal contratto, liberazione che dev'essere preceduta dalla prova dell'inutilità della sua esecuzione. Questa limitazione rende quasi illusoria la facoltà concessa al creditore, essendo molto difficile la prova che gli s'impone.

Per una diversa via si mise invece il Codice di Commercio tedesco del 1870, che attribuisce alla mora del compratore e del venditore effetti assai gravi, non solo quando si tratti di vendita con termine perentorio (*Fixgeschäft*, art. 357) ma an-

che nelle vendite con termine comune. Tanto nelle une che nelle altre, la parte verso la quale il contratto non viene adempiuto, può, o recedere dal contratto, come se non fosse stato conchiuso; — o insistere per l'adempimento e chiedere insieme l'indennizzo dei danni cagionatili dal ritardo; — o domandare invece dell'adempimento, l'indennizzo per non essere stato eseguito il contratto (art. 354, 355, 356, 357).

Importa tuttavia rilevare che il Tribunale supremo di commercio in Lipsia, con ripetute decisioni, per la massima parte riformatorie delle sentenze impugnate, stabilì la massima che il caso del *Fixgeschäft* è un caso eccezionale; che non si può ammetterlo ogniquale volta sia stato indicato un termine per l'esecuzione, ma bensì soltanto allora che il termine pattuito costituisce un elemento essenziale del contratto: l'essentialità del termine deve risultare indubbiamente, o dalle parole del contratto, o dalle circostanze del caso. Le semplici dichiarazioni « consegna pronta » « di settimana in settimana » « nel più breve tempo » « al più tardi » « all'ultimo del mese » e simili, non bastano a rivelare l'intenzione delle parti di concludere un affare fisso.

Il Codice civile dell'Impero tedesco, regola diversamente gli effetti della mora nei contratti bilaterali, secondochè essi sono o no, a termine fisso.

Il § 326 dispone: « Se in un contratto bilaterale, una parte è in mora per la prestazione che ad essa incombe, l'altra parte può prefiggerle per l'effettuazione della prestazione un dato termine, con

la dichiarazione che trascorso detto termine essa rifiuterà di accettare la prestazione. Trascorso il termine essa è in diritto di domandare il risarcimento dei danni per inadempimento, o di recedere dal contratto se la prestazione non è seguita a tempo debito: è esclusa l'azione diretta all'adempimento. Se la prestazione fino alla decorrenza del termine non è stata eseguita in parte, si applicano le disposizioni del § 325, al., 1, prop. 2.^a (ossia si può domandare il risarcimento dei danni per l'inadempimento, o recedere dal contratto, quando il parziale adempimento del contratto non ha nessun interesse pel creditore). Se in seguito alla mora l'esecuzione del contratto non ha nessun interesse per l'altra parte, spettano a lei i diritti indicati nella prima proposizione dell'alinea 1.^a senza che occorra prefissione alcuna di termine ».

Per il caso invece, in cui è stato stabilito un termine fisso per l'esecuzione del contratto, il § 361 presume la condizione risolutiva. Dice esso infatti: « Se in un contratto bilaterale s'è convenuto che la prestazione di una parte debba essere fatta rigorosamente a un tempo fisso, o dentro un dato termine, in caso di dubbio si presume che l'altra parte debba essere autorizzata al recesso se la prestazione non segue nel tempo fisso o dentro il termine stabilito.

Risulta da questi paragrafi, che il Codice civile dell'impero tedesco non ha neppur esso accolto l'istituto della condizione risolutiva tacita. Infatti il § 326 subordina la triplice facoltà che compete al creditore alla prefissione d'un termine, con la

dichiarazione che trascorso detto termine, egli rifiuterà di accettare la risoluzione. Dunque la risoluzione del contratto in seguito ad inadempimento, non procede in forza dell'originaria dichiarazione, la quale benchè unilaterale, viene tuttavia per virtù della legge a funzionare come una condizione risolutiva apposta ex post facto all'originario contratto puro e semplice.

Nel § 361 invece, abbiamo qualche cosa che si avvicina di molto alla condizione risolutiva tacita: si tratta infatti d'una condizione risolutiva *presunta*, la quale opera a vantaggio del creditore. Ma anche qui (a prescindere dalla differenza teorica tra condizione risolutiva *sottintesa* e c. r. *presunta*, sulla quale torneremo in seguito) se ben si guarda, si tratta più che altro d'una condizione risolutiva espressa. Se infatti il creditore ha precisato con tanta cura il tempo della prestazione, ha con ciò già abbastanza dimostrato che l'esecuzione in quel dato momento e non più tardi, è un elemento essenziale della sua dichiarazione di volontà, quantunque non esplicitamente formulato in una condizione risolutiva. Non ha dunque il legislatore dovuto avere gran difficoltà a presumere in questo caso che una delle parti in un contratto bilaterale, non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Queste considerazioni valgono anche per l'art. 376 del nuovo codice di commercio tedesco, il quale applica il principio dell'art. 361 alla compravendita commerciale a tempo fisso, riproducendo del resto le disposizioni dell'art. 357 del vecchio Codice. Dice esso infatti, che « se è stato con-

venuto che la prestazione dovuta da una delle parti deve essere esattamente effettuata in un'epoca determinata, o entro un termine stabilito, l'altra parte potrà recedere dal contratto se la prestazione non è stata effettuata nel tempo fissato, o anche in caso di ritardo del debitore essa potrà in luogo di esecuzione domandare danni e interessi per l'inadempimento.

20.—**Continuazione**.—L'istituto della condizione risolutiva tacita è stato accolto da molti altri Codici.

Così il Codice civile portoghese del 1868, nell'art. 709 dispone: « Se il contratto è bilaterale, e se l'uno dei contraenti manca di eseguirlo per la sua parte, l'altro potrà considerarsi come liberato dalla sua obbligazione, o esigere che la controparte sia costretta giudiziariamente a compiere la sua prestazione sotto pena dei danni e interessi. »

Ed il Codice civile spagnolo del 1889, nell'art. 1224: « La facoltà di risolvere l'obbligazione è considerata come implicita sulle obbligazioni sinalagmatiche, nel caso in cui una delle parti non adempie ciò che ad essa incombe.—La parte lesa potrà scegliere di esigere l'esecuzione o la risoluzione dell'obbligazione coi danni e interessi in entrambi i casi. Essa potrà in questo caso domandare la risoluzione dopo avere domandato l'esecuzione, solo se essa è diventata impossibile.—Il Tribunale pronunzierà la risoluzione che è domandata, a meno che non si giustifichino motivi che autorizzino l'accordo d'una dilazione ».

Il Codice spagnolo dunque, riproduce su per giù l'art. 1165 del nostro Codice. Di più esso ac-

cordando al creditore, di domandare la risoluzione dopo avere domandata l'esecuzione, solo se essa è diventata impossibile, viene a risolvere testualmente e in senso negativo la questione che si agita nel campo del diritto francese e italiano, per sapere se sia o no concesso ■ in quali limiti al creditore, questo *jus variandi*.

Dei Codici americani, quello della Repubblica argentina, ha escluso l'istituto della condizione risolutiva tacita. L'art. 68 prescrive che senza patto espresso, non può una delle parti chiedere la risoluzione del contratto, per la sola ragione che l'altra parte non adempia alla sua obbligazione. I compilatori apertamente dichiararono di aver voluto con ciò seguire l'art. 919 del Codice austriaco.

L'accolse invece il Codice cileno del 1855, il quale nell'art. 1849 dispone che: « Nei contratti bilaterali la condizione risolutiva è implicitamente sottintesa in caso di inesecuzione della convenzione da parte di uno dei contraenti.—In questo caso tuttavia, l'altro contraente potrà a sua scelta domandare sia la risoluzione, sia l'esecuzione del contratto, coi danni e interessi.

II.

FONDAMENTO E NATURA DELLA CONDIZIONE RISOLUTIVA TACITA

21.—**Transizione**—Abbiamo veduto finora qual'è stata l'origine della condizione risolutiva tacita: questa ricerca preliminare ci era indispensabile per avere un concetto adeguato di questo istituto e poterlo ben distinguere dalle figure più o meno lontane del patto commissorio ■ della *condictio causa data causa non secuta*.

Ora dobbiamo studiarne più da vicino la natura e il fondamento, darne la spiegazione dal punto di vista teorico, e mostrarne l'efficacia dal punto di vista pratico. Tale ricerca ci porgerà il destro di precisare ancor meglio l'istituto, con le sue applicazioni concrete, di segnarne i limiti e di risolvere qualcuna delle più gravi questioni cui esso dà luogo.

22. — **Spiegazione storica: sua insufficienza** — Già abbiamo accennato che Pothier, parlando dell'origine del nuovo istituto della condizione risolutiva tacita, ne adduceva a giustificazione, quasi a scusare lo strappo violento che con esso si faceva ai principii del diritto romano, una considerazione d'indole meramente pratica: l'economia delle spese. Ma come egli stesso confessa, non è questa una giustificazione adeguata: è una semplice considerazione di carattere estrinseco, la quale lascia il tempo che trova: i tribunali per ammetterla « ont été obligé à se départir de la rigueur des principes ».

Ma non poterono gli scrittori posteriori dispensarsi dal tentarne una giustificazione intrinseca, rigorosamente giuridica. È accaduto sempre così.

Quando comincia a sorgere un nuovo istituto, dovuto, non alla figliazione artificiale di istituti giuridici anteriormente riconosciuti, ma ai nuovi bisogni od a bisogni antichi fino allora non sufficientemente avvertiti, che sotto la forma di semplice consuetudine cominciano a reclamare protezione giuridica, esso incontra sulle prime una forte avversione da parte dei giuristi, classe eminentemente conservatrice, specie nei tempi andati. Ma i bisogni della pratica s'impongono e l'istituto comincia ad affermarsi nella forma di diritto consuetudinario.

Ora, una volta che esso entra a formar parte del sistema giuridico, le giustificazioni estrinseche di vera utilità pratica o di semplice origine storica, più non bastano a legittimarlo: comincia allora lo sforzo dei giuristi per tentare di far rientrare l'istituto nel sistema generale del diritto.

Questi sforzi furono fatti dagli scrittori francesi per ricondurre sotto i principii generali, i nuovi principii che erano sorti a poco a poco dalle consuetudini francesi. E questa materia non manca d'importanza per noi italiani, in quantochè un certo numero di quei principii, sanzionati poi dal Codice napoleone, furono importati presso di noi; ricordiamo a mo' d'esempio il principio retroattivo della divisione (art. 1084 cod. francese, art. 1034, 684, 679 Cod. civile) e quello di cui ora ci occupiamo, sulla condizione risolutiva tacita sottintesa

nei contratti bilaterali pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Dobbiamo qui darne qualche cenno.

23.—*Spiegazioni Dottrinali del Larombière ■ del Demolombe.*—Alcuni autori riconducono l'istituto della c. r. tacita alla teoria della causalità dei contratti. Ecco come ragiona ad esempio il Larombière (1).

« In ogni contratto sinallagmatico ogni parte non assume obbligazioni che in vista e a cagione delle obbligazioni che l'altra parte contratta in di lei favore. Questa reciprocità è nell'essenza stessa della convenzione e costituisce la causa delle rispettive obbligazioni. Prenderemo ad esempio la vendita: io vi vendo la mia casa per tal prezzo. Io mi obbligo a trasferirvi la proprietà della cosa, voi a pagarmi il prezzo convenuto. La mia obbligazione è la causa della vostra, come la vostra è la causa della mia. Io vi vendo, in una parola, a causa del prezzo ■ voi mi pagate a causa della proprietà. Se uno di noi non soddisfa alla sua obbligazione, quella dell'altra diventa per tal modo senza causa, e il contratto cade in un caso in cui esso non avrebbe potuto essere regolarmente formato ».

« È vero (segue egli a dire) che ogni parte ha le azioni derivanti dal contratto per costringere l'altra all'esecuzione dei suoi impegni. Ma se essa non avesse che queste azioni, si capisce che in un gran numero di casi essa non avrebbe che una

(1) *Théorie et pratique des Obligations*, Tom 1, art. 1184, n.º 1.)

garanzia insufficiente, spesso anche completamente illusoria, ed avrebbe contratto ed eseguito le sue obbligazioni assolutamente senza causa. Non è allora egli, equo e giusto che sia la cosa stessa che forma il soggetto del contratto, quella che risponde della sua esecuzione? Apprezzando quindi la situazione di ciascuna delle parti, interpretando la loro comune intenzione, compenetrandosi della necessità di una causa reale, mossa alfine da un sentimento di sovrana equità, la legge ha sottinteso la condizione risolutiva nei contratti sinallagmatici, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla propria obbligazione. Ma, lo si guardi bene, essa non fa che riconoscere e consacrare questa condizione risolutiva; essa non l'introduce di suo arbitrio nella convenzione, essa l'astrae dalla sua stessa natura, dalla reciprocità degli impegni assunti, dalla correlazione che stabilisce tra di essi, rapporti di cause reciproche. Le disposizioni dell'art. 1184 rientrano così, quanto al loro principio essenziale, nella teoria della causalità dei contratti ».

Anche Demolombe (1) tentando di dare una spiegazione giuridica dell'art. 1184 si trova su per giù nello stesso ordine di idee.

« Anzitutto (egli dice) è chiaro che la stessa considerazione di equità e d'utilità pratica che l'ha fatto ammettere nell'antico diritto, la raccomanda ancora nel nuovo—Ma ci sembra ch'essa possa essere giustificata inoltre dal punto di vista

(1) *Traité des contrats ou des obligations en général* II, 489.

scientifico, in modo soddisfacente. Così vorremmo noi ritirare la concessione che i nostri antichi scrittori di diritto consuetudinario avevano fatta, rappresentandola, poco giustamente a nostro avviso, come contraria al rigore dei principii — Da una parte infatti, nei contratti sinallagmatici essendo l'obbligazione di una delle parti la causa dell'obbligazione dell'altra, ne risulta che se una di esse non soddisfa alla sua obbligazione, l'obbligazione dell'altra cessa per ciò solo di avere una causa, in modo che la condizione risolutiva tacita, diventa una conseguenza-logica dei principii relativi alla causa nelle obbligazioni convenzionali; ed è sotto questo aspetto che i giureconsulti romani l'avevano considerata essi stessi nei contratti innominati, accordando alla parte verso la quale il patto non era stato eseguito una *condictio causa data causa non secuta*. — D'altra parte, se interroghiamo la comune intenzione delle parti non è verosimile che esse non abbiano voluto obbligarsi reciprocamente, l'una verso l'altra che sotto la condizione, in effetto, che da una parte e dall'altra le reciproche obbligazioni fossero eseguite? — Ecco una spiegazione che secondo noi giustifica scientificamente l'istituto della condizione risolutiva tacita ».

24.—Cont.^{na}.—Loro critica.—Queste giustificazioni del Lorombière e del Demolombe, includono un grave errore di principio, quantunque d'altro lato, contengano una parte di vero. Ci sembra quindi opportuno sottoporle a un po' di critica, anche perchè ciò ci aprirà la via alla giustificazione che

secondo noi va data all'istituto della condizione risolutiva tacita.

Il voler riportare la risoluzione derivante dall'art. 1165 Cod. Civ. alla mancanza di causa, è grave errore che bisogna con ogni cura evitare. E l'errore consiste nell'aver confuso tra loro due cose che vanno nettamente distinte; ■ cioè l'obbligo di eseguire il contratto da una parte, e la effettiva sua esecuzione dall'altra.

E invero, nei contratti sinallagmatici la causa risiede per ciascuna delle parti nell'obbligo che l'altra parte assume, non già nell'adempimento dell'obbligo medesimo. (1) Così nella vendita ciò che costituisce la causa dell'obbligazione del venditore di dare la cosa, non è già, come pretende il Larombière, il materiale pagamento del prezzo da canto del compratore, bensì l'obbligo che questi assume di pagarlo, e parimenti nella locazione la causa dell'obbligazione del locatore consiste nell'obbligo personale del conduttore di pagare la mercede, non nell'esecuzione di quest'obbligo.

Così stando le cose, non si comprende in qual maniera l'istituto della condizione risolutiva tacita si rannodi alla teoria della causalità dei contratti, come mai l'uno sia una logica conseguenza dell'altra.

Ammesso infatti che la causa dei contratti sinallagmatici risieda nell'obbligazione che le parti reciprocamente si assumono, è chiaro che sus-

(1) Questa osservazione fu già fatta nel seno della Commissione che nel 1864 compilò e discusse a Dresda il Progetto di un Codice comune sulle obbligazioni per gli Stati della Confederazione Germanica.

sistendo sempre nel contraente, che non adempie il contratto, l'obbligo di eseguirlo, la causa del contratto, medesimo non vien punto a mancare in seguito all'inadempimento di esso dal conto di una delle parti: niuna ragione quindi vi sarebbe, considerata la cosa sotto un tale aspetto, di permettere lo scioglimento del contratto. Come osserva il Laurent (1) « la cause existe dès qu' il y a des obligations corrélatives, alors même que ces obligations ne seraient pas remplies. »

La conclusione dunque alla quale si dovrebbe arrivare, partendo dai principii che reggono la causa nelle obbligazioni convenzionali, è d'implorare dalla legge mezzi efficaci per costringere all'adempimento di quel contratto cui non vien data spontanea e puntuale esecuzione; ma non ch'essa ne consenta la risoluzione.

Il modo stesso del resto, col quale opera la condizione risolutiva sottintesa dalla legge nei contratti bilaterali, mostra come non sia punto perché venga in essi a mancare la causa, che si ammette una parte a chiedere la loro risoluzione nel caso in cui l'altra non soddisfaccia alla propria obbligazione. Se il legislatore, nel disciplinare l'istituto della c. r. tacita, fosse partito dal concetto della pretesa mancata causa consistente nell'inadempimento, forseché avrebbe potuto riservare all'autorità giudiziaria la facoltà di pronunciare la risoluzione, di accordare una dilazione al convenuto secondo le circostanze? No davvero: se il legistato-

(1) *Principes de droit civil*, tom. 17.

re avesse prese le mosse da tale erroneo concetto la logica lo avrebbe necessariamente condotto a dettare una disposizione ben diversa da quella contenuta nell'art. 1165 Cod. civ.: il difetto di causa rende infatti impossibile la sussistenza del contratto, essendo la causa un elemento essenziale e indispensabile d'ogni convenzione.

25.— **Continuazione: quale sia il vero fondamento della c. r. tacita**—Ma abbiamo detto che una parte di vero c'è nella esposizione dei surriferiti autori, in quanto pur essi riconoscono alla fin fine, che l'istituto della condizione risolutiva tacita si fonda sulla presunta volontà dei contraenti. È appunto quanto diceva Domat: « car les contractants ne veulent que le contrat subsiste, qu' en cas que chacun exécute son engagement ». E in questo senso ha ragione il Larombière di dire che la legge non crea di propria autorità questa condizione risolutiva, ma l'astrae dalla stessa natura della convenzione bilaterale, dalla reciprocità degli impegni assunti.

Il fondamento dunque dell'istituto riposa sulla volontà contrattuale. Ed è con ciò che si spiega logicamente il modo in cui il legislatore lo ha disciplinato. Il contratto non è sciolto di diritto nel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione (art. 1175 1.° capoverso): la risoluzione deve domandarsi giudizialmente e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze (art. 1165 2.° capoverso).

Perchè tutte queste limitazioni a cui il legisla-

tore sottopone la risoluzione del contratto? Appunto perchè la volontà delle parti diretta alla risoluzione ha bisogno di essere interpretata. E quindi si rende necessario provocare l'intervento del giudice il quale, secondo la varietà delle circostanze interpreterà la volontà contrattuale e dirà con un puro apprezzamento di fatto, insindacabile in Cassazione, se sia il caso di accordare la risoluzione. Il giudice può, convincendosi del contrario, respingere la domanda di risoluzione, condannando all'adempimento ■ concedere anche una dilazione se, date le speciali circostanze del caso concreto, ciò non riesca gravoso al creditore, e valga a porre il debitore in condizione di fare la propria prestazione.

Senonchè, qui sorgono una quantità di questioni, la cui risoluzione dipende in massima parte dal modo con cui si concepisce la condizione risolutiva tacita. Si può domandare per esempio, se la parte inadempiente possa evitare la risoluzione dimostrando che l'altro contraente fu ben lungi dal sottintenderla all'epoca della formazione del contratto: se il giudice, dopo aver concessa una dilazione, possa in seguito pronunciare la risoluzione del contratto. Di più, deve il giudice in caso d'inadempimento accogliere sempre la domanda di risoluzione, e può anche allora concedere dilazioni e condannare la parte inadempiente all'esecuzione? Quando si perde lo *jus variandi* nella scelta tra le due azioni di cui al 1.º capoverso dell'articolo 1165 (azione di risoluzione, ■ azione diretta all'esecuzione del contratto)? Qual'è il valo-

re di una condizione risolutiva espressa pel caso d'inadempimento? In che modo resta modificata la natura della condizione risolutiva tacita, quando per espressa disposizione di legge essa opera *ipso iure* (art. 1512 C. C., art. 67 C. Comm.)?

Abbiamo detto che la soluzione di queste singole questioni dipende per la massima parte dalla natura che si deve attribuire alla condizione risolutiva tacita. Dobbiamo quindi far prima questa indagine.

26.—*Natura della c. r. tacita*—Si designa comunemente, e noi l'abbiamo ripetuto le mille volte, col nome di condizione risolutiva tacita, l'istituto di cui all'art. 1165 del Codice Civile. Ora, dato il modo come esso è disciplinato dal nostro legislatore, si può riconoscere in essa una vera condizione risolutiva? O non si tratta invece di un'altra figura di auto-limitazione della volontà, e più precisamente di quella che Windscheid chiamava col nome di presupposizione? Oppure non si può riscontrare nelle fattispecie la genuina figura nè della condizione, nè della presupposizione, ma qualche cosa che partecipa dell'una e dell'altra un istituto di natura ibrida, creato artificialmente dal legislatore per soddisfare ai multiformi bisogni della pratica?

Dobbiamo allora stabilire i rapporti tra la c. r. tacita e le figure affini sotto cui essa possa per avventura rientrare. Cominciamo però dal dare il concetto della condizione risolutiva in generale.

27.—*Continuazione: Concetto della condizione risolutiva in generale*—Non è qui il luogo di intratte-

nerci a lungo sul vario modo con cui è stata concepita la condizione risolutiva: ci limiteremo a semplici cenni.

I Romani per designare un rapporto giuridico sottoposto a condizione risolutiva, parlavano di una *pura conventio, quae resolvitur sub condicione* (l. 3 D. 18.1). Partendo da ciò il Savigny ebbe a dire (Sistema III, § 120) che « il rapporto giuridico sottoposto a una condizione risolutiva è subito perfettamente eguale ad uno non condizionale. Ma se la condizione si avvera, esso ne resta completamente annullato, come se non avesse mai esistito. Secondo lo stesso Savigny però, (l. c. nota 1.), « la condizione risolutiva si può anche concepire come una sospensiva relativamente all'annullamento del negozio giuridico ».

Invece l'opinione oggi più diffusa tra i romanisti e sviluppata dapprima specialmente dal Thibaut, la concepisce come una condizione sospensiva di un nuovo negozio giuridico avente uno scopo ■ un contenuto inverso.

Altri non scindono la dichiarazione di volontà o il negozio giuridico in due atti distinti, ma considerano la condizione risolutiva come inerente alla dichiarazione di volontà. Però questo concetto viene presentato in due maniere differenti: secondo alcuni si avrebbe una dichiarazione di volontà diretta a che sorga l'obbligazione e produca immediatamente la sua efficacia, però si prevede un evento futuro ed incerto, davanti al quale la dichiarazione di volontà deve risolversi: di fronte a questo evento previsto la dichiarazione non ha

forza di resistere, dimodochè quando esso si verifica l'efficacia della dichiarazione stessa si annulla. Secondo altri invece, la condizione risolutiva inerisce alla dichiarazione di volontà in tal modo da renderla incerta fin da principio: il volere dichiarandosi sotto condizione risolutiva, mette in incertezza la sua stessa dichiarazione.

Questa ultima concezione annullerebbe, come giustamente nota il Windscheid, ogni distinzione tra condizione sospensiva e condizione risolutiva. Ma d'altra parte, giustamente nota il Prof. Filomusi che anche la concezione prevalente tra i pandettisti non sembra completamente accettabile. E di fatti, essa non si mostra in perfetta coerenza col progresso psicologico che si rileva nella costituzione di un negozio sotto condizione risolutiva. In questi negozi non è possibile lo scindere il processo psicologico in due parti e ritenere che vi sia da un lato una *conventio pura*, una convenzione cioè nella quale il volere è incondizionato —, dall'altro una clausola accessoria nella quale il volere è condizionato. Quando si fa un negozio sotto condizione risolutiva il processo psicologico è uno e per esso la volontà si dirige a creare il negozio condizionatamente: la condizionalità del volere si riferirà non alla sua efficacia, come nel caso della condizione sospensiva, sibbene alla sua durata; ma si deve psicologicamente ammettere che questa condizionalità del volere investe il negozio in sè, non la sola risoluzione considerata come un patto accessorio indipendente. Questa concezione della condizione risolutiva non pare

quindi completamente giusta corretta; e ci confermano in questa opinione alcune considerazioni che il Savigny fa intorno ai vari modi con cui si può raggiungere lo scopo a cui tende la condizione risolutiva.

« Lo scopo ultimo di tale condizione risolutiva, egli dice (sistema III, § 120), può conseguirsi anche sotto due altre forme giuridiche, che per conseguenza le sono affini, ma che non devono scambiarsi con essa, dappoichè molto ne differiscono negli effetti particolari. Infatti si può: 1) esprimere la circostanza opposta come condizione sospensiva; 2) fare del ristabilimento del primiero stato l'oggetto di uno speciale contratto accessorio sotto condizione sospensiva. Allora da questo nasce un semplice diritto di obbligazione; la proprietà non torna di per sè, e le alienazioni fatte nel frattempo rimangono valide. (revoca obbligatoria ex nunc).

Nel 1.º caso, aggiunge il Savigny (l. c. nota n.), è una questione di fatto il vedere quali delle due specie di condizioni si è avuta in mira dalle parti. Così per es. nella l. 2 *de in diem add.* 18.2, si dice che quando un fondo è venduto con l'*addictio in diem*, può sorgere dubbio se si tratti di una vendita sotto condizione risolutiva, o sotto condizione sospensiva. Secondo Ulpiano, autore della legge, tutto dipende dall'interpretazione della volontà dei contraenti. « *Et mihi videtur verius interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura venditio quae sub condicione resolvitur: sin au-*

tem hoc actum est, ut perficiatur emptio nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.

Anche nel 2.^o caso è questione di fatto il decidere se le parti volevano soltanto restringere la prima alienazione mediante condizione, o se piuttosto hanno avuto in mira un secondo contratto circa la retrocessione condizionale. Da che cosa dovrà riconoscere il giudice tale intenzione? I Romani hanno stabilito in modo veramente pratico delle presunzioni per alcuni determinati negozi: così la *in diem addictio* e la *lex commissoria* contengono un'alienazione condizionale, la *retro-venditio* un secondo contratto di restituzione.

Anche il nostro diritto stabilisce delle presunzioni per alcuni determinati negozi. Così pur essendo discusso, in seguito all'adozione dell'istituto della condizione risolutiva tacita, quale sia l'effetto di un patto commissorio espresso, se cioè esso operi *ipso iure*, o debba esser soggetto alle norme dell'art. 1165, certo però in ogni caso, anche pel nostro diritto un'alienazione fatta con tale patto, si deve ritenere come condizionale. Come del pari la vendita col patto di precedente assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva (art. 1453 C. C.). Nessuna disposizione v'ha intorno all'*addictio in diem*. Contrariamente poi a quanto avveniva in diritto romano, il patto di riscatto (*pactum de retrovendendo*) opera nel nostro diritto *ipso iure*, precisamente come una condizione risolutiva (art. 1520 1528 C. C.). Manca un'esplicita disposizione intorno alla natura del *pactum reservati domini* pel caso di mancato pagamento del prezzo:

il Codice dell'impero tedesco trattandosi di vendita di mobili presume un'alienazione condizionata sospensivamente (§ 445). Non è qui il luogo di insistere maggiormente su questa ricerca. Certo che essa meriterebbe di essere approfondita per vedere fino a che punto l'esposizione di Savigny possa applicarsi al nostro diritto.

Concludendo; tra le varie concezioni noi propenderemmo a ritenere col Savigny che la condizione risolutiva possa considerarsi come una condizione sospensiva della risoluzione dell'atto; ma ci sembra pure inoppugnabile l'osservazione del Prof. Filomusi, che non convenga cioè estendere questo concetto fino a ritenere che la condizione risolutiva costituisce un atto distinto dal negozio principale, sotto condizione sospensiva.

Dato così il concetto della condizione risolutiva in genere, possiamo ora passare alla distinzione della c. r. tacita dalle figure più o meno affini con cui potrebbe venire assimilata.

28.—Cont.^o—C. r. tacita e condicio tacita o quae tacite inest.—Anzitutto non deve fuorviarci quell'appellativo di *tacita* con cui essa si suole comunemente designare.

Spesso invero si suol parlare delle cosiddette *condiciones tacitae quae insunt, quae tacite insunt*, altrimenti dette *condiciones iuris*. Ora la somiglianza dei nomi non deve indurre in equivoco: queste *condiciones tacitae* o *quae tacitae insunt* non hanno niente che fare con la condizione risolutiva tacita di cui ci occupiamo. Per convincersene basta rilevare che esse non sono neppure delle vere

condizioni, sebbene ne abbiano la parvenza. È noto infatti che la *condicio tacita* o *quae tacite inest* si ha (Savigny Sistema, III, § 116) « quando ciò che è stato espresso come condizione, altro non è che un presupposto già per se stesso necessario del rapporto giuridico, sì che la necessità non è stata creata in modo meramente arbitrario » Ecco gli esempi che il Savigny ne dà pel diritto romano: istituzione di erede sotto la condizione che l'erede sopravviva al testatore; istituzione di un *extraneus* sotto la condizione se egli vorrà essere erede: legato sotto la condizione che l'istituito erede adisca l'eredità; legato dei frutti di un fondo, se essi nasceranno, legato sotto la medesima condizione alla quale già è sottoposta la intera istituzione di erede (infatti il mancare della condizione porta seco senz'altro la caduta dell'istituzione, con essa quella del testamento e con questa quella del legato); promessa di una dote sotto la condizione che abbia luogo il matrimonio (questo esempio vale anche pel nostro diritto).

Come dunque si vede, tali condizioni *quae tacite insunt* non sono che superflue ripetizioni di ciò che vale egualmente senza di esse, sono per conseguenza in generale innocue, (1) ma eziandio inutili e privi di effetti. (2) Da esse deve distin-

(1) Quindi per esse il legato a cui siano apposte non diventa condizionale; di guisa che indipendentemente da esse l'acquisto irrevocabile del legato da parte del legatario si compie al momento della morte del testatore. Mentre se fossero vere condizioni, l'acquisto del legato si avrebbe non al momento della morte del testatore, ma al momento in cui si avvera la condizione.

(2) Deve farsi eccezione solamente in quelle dichiarazioni di volontà nelle quali l'aggiunta di una condizione è vietata da una disposi-

guersi nettamente la condizione risolutiva tacita, la quale è una vera e propria condizione.

29.—Cont.^{ss}—C. r. tacita o sottintesa e condizione risolutiva presunta—In secondo luogo, devesi nettamente distinguere la c. r. tacita o sottintesa, da quella semplicemente presunta.

Si suol ripetere, è vero, che l'appellazione di tacita o sottintesa altro non significa se non che si tratta di una condizione risolutiva che le parti non hanno esplicitamente apposto al contratto, ma che la legge *presume* che esse abbiano tacitamente apposto; è per dirla con l'espressione del legislatore, che esse abbiano sottintesa. Allo stesso modo in cui nelle vendite col patto di precedente assaggio (art. 1453 C. C.) cui il legislatore presume che il negozio che le parti hanno concluso senza sottoporlo esplicitamente a una condizione, sia condizionato.

Senonchè a ben guardare, *sottintendere* non è *presumere*: nell'un caso e nell'altro il legislatore cerca d'interpretare la volontà dei contraenti, ma l'un caso è molto diverso dall'altro.

Infatti il sottintendere implica che il dichiaran-

zione positiva del diritto. Qui non sono da considerarsi prive di effetti neppure quelle condizioni *quae tacite insunt*, anzi esse annullano tutta la disposizione alla quale vengono aggiunte, sicchè adunque qui vale la regola affatto positiva. « *Expressa nocent, non expressa non nocent* ». Eccone un esempio: per diritto romano il padre ha la scelta di istituire o di diseredare il figlio, ma la diseredazione non può essere condizionata, ora se il padre disereda il figlio sotto la condizione che l'unico erede istituito adisca l'eredità, egli dice qualche cosa di affetto superfluo (imperocchè mancata l'adizione cade tutto il testamento), tuttavia tale diseredazione è nulla, (Savigny l. c.).

te non formuli esplicitamente tutto il suo pensiero, tutto il suo volere; ma che d'altra parte questo risulti implicito nella dichiarazione stessa. Nel caso di cui ci occupiamo: quando l'art. 1165 dice che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, ciò significa che il legislatore, interpretando la volontà dei contraenti, abbia veduta in tutte le dichiarazioni di volontà dirette alla costituzione di contratti bilaterali puri e semplici, delle dichiarazioni limitate implicitamente, subordinate cioè alla condizione risolutiva pel caso d'inadempimento. Ha fatto bene, ha fatto male il legislatore con questa disposizione? Ciò vedremo a suo tempo; ma intanto egli è certo che in forza del principio sancito nell'art. 1165, non è possibile trovare contratto bilaterale in cui la dichiarazione di volontà per laconica che sia (eccettuato, si capisce, il caso di una esplicita esclusione) non contenga implicita la condizione risolutiva pel caso d'inadempimento. Non sarebbe nemmeno ammessa per escluderla, la prova contraria.

Tutt'altra cosa è, invece, il fatto del presumere. Cominciamo dal dire che il presumere implica anzitutto un'incertezza sullo stato reale delle cose: presume chi non sa con certezza. E siccome tali incertezze sullo stato reale delle cose sono piuttosto frequenti nel campo giuridico, specie trattandosi di cose che non cadono immediatamente sotto i sensi, come le dichiarazioni di volontà, così il legislatore si trova molto spesso co-

stretto a delle presunzioni con cui vincere artificialmente l'incertezza obbiettiva dei rapporti giuridici. Qual'è il criterio seguito dal legislatore nel dettare queste presunzioni? Naturalmente diverso secondo le circostanze. Il più delle volte egli si contenta di presunzioni semplici, capaci di essere abbattute dalla prova contraria (*juris tantum*). Si tratta poniamo il caso, di una vendita col patto di precedente assaggio: sorge dubbio se essa debba intendersi fatta sotto condizione sospensiva o risolutiva. Il dubbio sarebbe il più delle volte insormontabile data la grande difficoltà della vera interpretazione della volontà contrattuale, la quale il più delle volte sarà rimasta orale, o seppure redatta in iscritto, non ha potuto riprodurre che le linee generali dell'accordo. E allora il legislatore nell'incertezza della realtà, per agevolare la soluzione d'una controversia la cui soluzione sarebbe sempre difficilissima, spesso impossibile, si fonda sull'*id quod plerumque accidit*, sul modo più verosimile d'interpretare la volontà contrattuale, ■ pone una presunzione di condizione sospensiva: Presunzione la quale poi in pratica si risolve nell'addossare l'onere della prova a quella delle parti che pretendesse d'aver contratto sotto condizione risolutiva.

Raramente accade che per vincere alcuni casi d'incertezza la cui risoluzione presenta un grande interesse pel diritto e che d'altra parte presentano difficoltà invincibili, dipendenti il più delle volte dalla natura stessa delle cose, il legislatore si trovi costretto a porre delle presunzioni non smentibili

con prova contraria (*juris et de jure*). L'inadeguatezza della prova e più spesso, il grande interesse che ha il diritto a mettere fuori discussione alcuni dati più importanti, giustificano questo strappo — del resto tanto più eccezionale, quanto più forte, — al principio generale che la presunzione che serve a colmare l'incertezza debba cedere alle prove che servono a rettificare la presunzione. Qui l'interesse privato deve cedere di fronte all'interesse pubblico.

Possiamo quindi concludere: sottintendere non è presumere: presume colui che è in dubbio sullo stato reale delle cose e si crea così artificialmente quello stato di certezza che gli manca. Sottintende invece, colui che tanto poco dubita sulla esistenza di una cosa che fa anche a meno di farne esplicita menzione. La presunzione deve cedere, salvo casi eccezionali, alla prova contraria: quello che è sottinteso non soffre di regola, prova contraria.

E quindi ora si scorge la differenza che passa, come a suo luogo notammo tra la condizione risolutiva che il diritto tedesco *presume* nei contratti bilaterali a tempo fisso (§ 361 Codice dell'impero) e la condizione risolutiva che il diritto francese e italiano *sottintendono* in questi contratti.

30. — **Cont.^{te} — C. r. tacita e presupposizione** — Bisogna parimenti distinguersi nettamente la condizione risolutiva tacita dalla presupposizione, quantunque, come dicono gli annotatori del Windscheid (nota yy al libro I), si tratti di due figure così affini tra loro da essersi ritenuto che l'una valga l'altra.

Bisogna prender le mosse dal concetto della presupposizione così come l'ha formulato il Windscheid.

Ora secondo lui (§ 97) « la presupposizione è una condizione non isvolta [unentwickelte] (una limitazione della volontà, che non s'è svolta fino ad essere una condizione). Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e quindi la sussistenza del rapporto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione che la giustifichi. In conseguenza di ciò, colui che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni che contro di essa si derivano, quanto anche istituire a sua volta contro colui a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare ».

Come si vede i rapporti tra la presupposizione e la c. r. tacita sono strettissimi sia quanto al concetto, sia quanto agli effetti. Quanto al concetto, perchè in entrambe le figure abbiamo che la vera volontà del dichiarante è ben diversa da quella che risulta apparentemente dichiarata. Quanto agli effetti, perchè questa differenza tra volontà reale e volontà dichiarata od apparente, non osta alla nascita del negozio giuridico: senonchè questo, ap-

punto in base a quella differenza, può essere attaccato mediante una azione di risoluzione.

I rapporti tra i due istituti sono dunque tanto stretti, che non deve meravigliarci se il Fadda ■ il Bensa abbiano identificato come presupposizione vera e propria, la condizione risolutiva tacita la quale si verifica per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario (art. 1080 C. C.). « Posto (essi dicono) che l'inadempienza del modo possa portare alla revoca della attribuizione, come dobbiamo spiegarci questo effetto così importante? Dovremo col Windscheid riferirlo alla volontà del disponente, ossia alla mancata presupposizione? A noi non pare dubbio che la risposta affermativa sia innopugnabile secondo la nostra legge, qualunque cosa si pensi per il diritto romano..... Per gli atti tra vivi il legislatore ci dà la guida nell'art. 1080 parlando di condizione risolutiva tacita, ossia posta in base alla presunta intenzione delle parti. Si può obiettare che a ogni modo si tratta qui di condizione, non di presupposizione; ma chi ben consideri, scorge senza fatica che qui si tratta d'una condizione risolutiva attenuata, in quanto non si è nei termini dell'art. 1158 ultimo al., ma di una revoca che lascia sussistere effetti importantissimi (art. 1933 n. 3).

Noi non crediamo che i due istituti possono identificarsi l'uno per l'altro, nè in generale, nè nella speciale applicazione dell'art. 1080. Quello che c'è di comune tra i due istituti è il loro fondamento (e su di questo torneremo alla fine del pre-

sente scritto); ma l'uno resta sempre una figura essenzialmente distinta dall'altro.

Prescindiamo dalle differenze che si hanno nei loro effetti, come quelli che possono essere prodotti in gran parte da disposizioni d'indole meramente positiva. E fermiamoci un'istante a rilevarne la differenza dei concetti.

La presupposizione, dice Windscheid, è una condizione non isvolta, una limitazione della volontà che non s'è svolta fino ad essere una condizione. Viceversa, noi abbiamo visto che la c. r. tacita è una condizione vera e propria: è nel modo in cui è stata apposta, ch'essa differisce dalla condizione risolutiva espressa; ma l'essere rimasta implicita o sottintesa, non significa che la volontà non si sia svolta fino ad essere una condizione. Nè ha valore alcuno la risposta con cui il Fadda, autore della nota sopra richiamata, tenta abbattere questa considerazione e annullare la grande differenza che concettualmente corre tra presupposizione e c. r. tacita. Il dire che la c. r. tacita è una condizione risolutiva *attenuata*, in quanto lascia sussistere effetti importantissimi, è dir poco o niente: è chiaro infatti, che la limitazione d'indole meramente positiva che il legislatore pone all'assoluta retroattività della c. r. tacita nell'interesse dei terzi, non scuote menomamente il concetto di condizione vera e propria che ad essa deve essere riconosciuto.

31—Cont.^{ta}—Condizione risolutiva sottintesa e c. r. espressa—Passiamo da ultimo a studiare i rap-

porti tra la condizione risolutiva sottintesa e quella espressa.

Dal punto di vista psicologico, come autolimitazione della volontà (risulta anche dalle considerazioni sopra fatte) non c'è nessuna differenza: tanto vale l'una, quanto l'altra. Infatti una dichiarazione di volontà in cui è implicita e si sottointende una condizione risolutiva, è pura e semplice solo in apparenza, ma in realtà essa è condizionata: nè più nè meno che se la condizione risolutiva fosse esplicitamente apposta. Se differenza esiste, essa è tutta d'indole pratica e consiste nelle difficoltà che si possono incontrare nell'interpretazione della volontà contrattuale, per vedere se in essa è realmente implicita o no una condizione risolutiva: difficoltà che com'è chiaro, non possono sorgere quando la dichiarazione di volontà è stata esplicitamente limitata mediante la condizione appostavi.

Ma anche queste difficoltà ed incertezze che potrebbero nascere in linea astratta, sono evitate dalla disposizione dell'articolo 1165, il quale sottintende *sempre* nei contratti bilaterali, la condizione risolutiva pel caso d'inadempimento. Il che significa, che per una specie di presunzione *juris et de jure*, non smentibile da prova contraria (altrimenti non si capirebbe quel *sempre* che adopera il legislatore) tutti i contratti bilaterali sono soggetti senza eccezione, a una condizione risolutiva sottintesa (eccetto, si capisce, che questa fosse stata esplicitamente esclusa). E poichè abbiamo dimostrato che la condizione risolutiva sottintesa,

non differisce intrinsecamente da quella espressa, così si deve concludere dal punto di vista puramente psicologico, che tutti i contratti bilaterali, salvo esplicita dichiarazione in contrario, sono soggetti in forza dell'art. 1165 a una condizione risolutiva, precisamente come se le parti l'avessero esplicitamente apposta.

32.—Cont.^{ac}—Effetti della c. r. tacita: fino a che punto si accordino con quelli della c. r. espressa—Date le premesse, si deve arrivare a questa conseguenza, che gli effetti della condizione risolutiva sottintesa dovrebbero essere gli stessi di quelli della condizione risolutiva espressa. Vediamo invece il modo con cui li ha disciplinati il legislatore.

Le disposizioni fondamentali contenute in proposito nell'articolo 1165, sono tre:

1) Il contratto non è sciolto di diritto. E ciò contrariamente al principio indiscusso che la risoluzione in base alla condizione risolutiva espressa avviene *ipso iure*.

2) La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta, o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento. Questa facoltà di scelta sembra incompatibile con una risoluzione che avvenisse *ipso iure*, non appena verificatosi l'inadempimento.

3) Infine, la risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze. Questa ultima disposizione viene a togliere ogni dubbio circa il differente modo con cui operano

le due condizioni, espressa e tacita. Infatti, la pronuncia giudiziale della risoluzione, e più ancora, la facoltà del giudice di concedere dilazioni, contrasta apertamente coll'efficacia risolutiva *ipso iure* della condizione risolutiva espressa.

Tuttavia, se ben si guarda, la differenza tra gli effetti cui darebbe luogo la condizione risolutiva espressa e quelli sanzionati dall'art. 1165, è poi minore di quella che si potrebbe credere ■ prima giunta. Analizziamoli uno per uno.

Cominciamo dal diritto di scelta spettante al creditore, di chiedere l'adempimento, o la risoluzione del contratto: esso non contraddice per niente ai principii della condizione risolutiva espressa e al fatto che essa operi *ipso iure*. Infatti, la condizione risolutiva che la legge sottintende nei contratti bilaterali nel caso d'inadempimento di una delle parti, è una condizione che la legge accorda nel favore esclusivo dell'altra parte, la quale pertanto può giovarsene, come non giovarsene, agendo nel primo caso per la risoluzione, nel secondo per l'adempimento. E ciò è tanto vero, e tale facoltà di scelta tanto poco contraddice all'operare *ipso iure* della condizione risolutiva espressa, che tale facoltà era riconosciuta dal diritto romano nel caso di vendita con patto commissorio, il quale, come a suo luogo abbiamo veduto, importava una vera e propria condizione risolutiva operante *ipso iure*. E abbiamo parimenti veduto come il giureconsulto Pomponio rimetteva alla volontà del venditore l'esercizio dell'azione resolutoria, invece di quella diretta all'adempimento.

mento: « *quia id (il patto commissorio) venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptori futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset* ».

Veniamo alle altre due disposizioni dell'art. 1165. Qui vi si dice che la risoluzione non avviene *ipso iure*, che essa deve essere domandata al giudice, che questi può concedere delle dilazioni: ora ciò pare contrastare nel modo più assoluto coi normali effetti della condizione risolutiva espressa, la quale opera *ipso iure*, non deve essere pronunciata dal giudice, non soffre dilazioni.

Tuttavia anche qui, a ben guardare, la differenza può ridursi di molto, e fino a un certo punto gli effetti della condizione risolutiva tacita possono coincidere con quelli della condizione risolutiva espressa. Infatti l'intervento del giudice è richiesto di frequente anche nel caso di condizione risolutiva espressa, tutte le volte cioè, che le parti non si accordano sull'essersi verificato o meno l'avvenimento da cui si fa dipendere la risoluzione, quando questo non sia, per la sua natura, fuori di disputa.

Ora questo deve avvenire molto spesso, nel caso in cui la condizione risolutiva espressa consista appunto nel mancato adempimento: siccome può nella pratica sorgere contestazione circa il verificarsi o meno di questo evento, specie quando la prestazione s'è fatta, ma non nel modo e nel tempo voluti, così anche per essa si rende necessario l'intervento del giudice. Il quale per decidere se

l'adempimento s'è avuto o no, deve risalire alla volontà contrattuale e interpretarla per vedere se la prestazione fatta corrisponde o meno all'obbietto veramente voluto. E se si convince affermativamente rigetta la domanda di risoluzione pel mancato verificarsi della condizione risolutiva: se negativamente, viene ad accertare che la condizione risolutiva s'è verificata e quindi riconosce avvenuta la risoluzione, già verificatasi *ipso iure*. Si noti inoltre, come nel primo caso, esso, sempre interpretando la volontà contrattuale, può riconoscere dovuta al convenuto una dilazione per l'esecuzione della prestazione.

Esaminiamo ora il caso di una condizione risolutiva che la legge sottintende nei contratti bilaterali pel caso d'inadempimento di una delle parti. Anche qui abbiamo l'intervento del giudice, con una funzione in gran parte identica. Infatti, quando in questo caso egli deve decidere sulla domanda di risoluzione del contratto in base all'inadempimento, che cosa dovrà esaminare? Solo se l'inadempimento accampato dall'attore ci sia veramente stato, o no. Anche qui per decidere questo punto, deve risalire all'interpretazione della volontà contrattuale, perchè non ogni discordanza dall'accordo contrattuale può battezzarsi come un inadempimento. Se egli viene ad appurare che la prestazione effettuata è quella voluta dalle parti, respingerà la domanda di risoluzione, perchè il verificarsi della condizione (il preteso inadempimento) non s'è avuto. Dunque fino a questo punto l'opera del giudice è identica, tanto se si trat-

ti di condizione risolutiva espressa che di condizione risolutiva tacita.

33. — *Cont.^{ss}—In che ne differiscano.*—Se invece il giudice viene a convincersi che la prestazione fatta non corrisponde a quella voluta dal contratto, e che quindi l'inadempimento s'è avuto, che cosa dovrà o potrà egli fare in tal caso?

Ecco il vero punto della questione, ed ecco altresì quello in cui comincia la differenza. Dovrà egli ritenere avvenuta la condizione risolutiva sottintesa, e pronunciare quindi in ogni caso la risoluzione del contratto o potrà, anche accertato l'inadempimento, respingere la domanda di risoluzione accordando una dilazione per l'esecuzione?

E qui effettivamente, il legislatore non è chiaro. Egli non dice altro, se non che la risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze. Ma, si domanda, quali misure egli dovrà prendere in base a queste circostanze?

Ripetutamente le nostre Corti di Cassazione hanno deciso che si tratta di un giudizio insindacabile di fatto, rimesso all'equo apprezzamento del giudice. Ma insistiamo: questo equo apprezzamento deve limitarsi a ricercare se dall'insieme delle circostanze risalendo alla volontà contrattuale, l'inadempimento si sia avuto o no, oppure estendersi a negare la risoluzione, anche nel caso in cui l'inadempimento è stato accertato?

Si risponderà che il magistrato si avvarrà di questo potere concessogli dalla legge per risolvere

re, quasi in via di transazione, la questione, tutte le volte che non riuscirà a formarsi un pieno convincimento sull'essersi avuto o meno l'inadempimento: cosa che dovrà avvenire molto spesso nella pratica. Ma come ben si vede, questo sarebbe un procedere essenzialmente antiggiuridico. Il giudice, in base a quelle circostanze fino a cui può spingere le proprie indagini, deve decidersi in un senso o nell'altro per l'adempimento o per l'inadempimento: Se pel caso d'incertezza fosse lecito al giudice venire a questa specie di transazione concedendo una dilazione, egli verrebbe a ledere i diritti di entrambi i contraenti. Senza poi dire che un giudice il quale così facesse, mi avrebbe l'aria d'un Pilato, il quale codardo o neghittoso nell'adempimento del proprio dovere, per troppo amore di verità e per evitare un possibile sbaglio, ricorre a un mezzo termine che ha il risultato di dare in ogni caso un effetto contrario alla verità. E non bisogna nemmeno dimenticare, che sarebbe sovente un buon pretesto pei giudici indolenti, i quali volessero risparmiarsi la non facile disamina della questione.

Ma lasciamo pure da parte il caso in cui il giudice resti indeciso sul preteso inadempimento, per la cui soluzione militerebbero circostanze ■ considerazioni d'indole diversa, che offuscherebbero la netta posizione della questione. ■ facciamo un caso, in cui non può nascere discussione: Tizio ha venduto, Caio non ha pagato al tempo dovuto.

Qui non v'ha dubbio che l'obbligo del pagamento del prezzo non è stato adempito: Può in que-

sto caso il giudice respingere l'azione di risoluzione e concedere dilazione?

Dobbiamo rispondere affermativamente, senza scandolezzarci della deviazione che così si viene a fare dai principii che reggono la condizione risolutiva sottintesa, o espressa ch'essa sia. L'art. 1165 dice è vero, in termini molto generali, che può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze; e quindi se lo si volesse interpretare giusta i principii della condizione risolutiva, lo si potrebbe restringere ai soli casi in cui un vero e proprio inadempimento non si sia avuto.

Tuttavia, la stessa lettera dell'articolo, confortato dai precedenti storici dell'istituto, deve portarci alla interpretazione più lata. La legge parla di una dilazione che può esser concessa: ora la *concessione* implica un concetto di favore: *concede* chi dà una cosa che a stretto rigore non sarebbe dovuta. Nel caso nostro, il giudice concede una dilazione che al debitore moroso non spetterebbe di diritto. Ora, se non gli spetta di diritto, vuol dire che egli sarebbe stato tenuto a far prima la propria prestazione. E se non l'ha fatta, vuol dire che s'è reso inadempiente. E tuttavia il giudice, malgrado tale inadempienza, può secondochè a ciò le circostanze lo consiglino, concedere la dilazione.

A questa interpretazione portano pure i precedenti storici dell'istituto. Abbiamo a suo luogo veduto come esso sia sorto per venire in aiuto alla parte che in un contratto bilaterale era rimasta senza il corrispettivo. Vedemmo la titubanza

za con cui gli antichi giuristi accolsero questo istituto di diritto consuetudinario, che si discostava dal rigore dei principii. Di qui le limitazioni, certo soverchie, onde si vollero circoscriverne gli effetti. Sorgono poi i giureconsulti posteriori a dimostrarne la fondatezza, anche dal punto di vista teorico: ma l'istituto così giustificato, resta sempre un beneficio concesso dalla legge al creditore; e quindi non deve far meraviglia che la legge, nel suo sovrano apprezzamento equitativo, abbia voluto limitarlo nella portata, in verità troppo ampia, a cui pur dava diritto il nome ad esso attribuito dal legislatore. È appunto quanto si legge nella Relazione Pisanelli a suo luogo citata: « Si comprende, egli vi dice, che nel caso in cui una delle parti, valendosi della condizione risolutiva sottointesa nelle convenzioni bilaterali, domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione assunta dall'altra parte, possa la legge attribuire al giudice la facoltà di concedere a questa una dilazione per l'adempimento, imperocchè la risoluzione può trarre seco gravissime conseguenze a danno della stessa parte, ■ d'altronde il diritto a chiedere la risoluzione, procedendo dalla disposizione della legge, questa ha potuto sottoporlo a determinate modalità ».

34. — Continuazione e conclusione — Tiriamo le somme: gli effetti attribuiti dall'art. 1165 alla condizione risolutiva tacita possono coincidere fino a un certo punto con quelli della condizione risolutiva propriamente detta. Ma ne differiscono essenzialmente in questo, che l'intervento del giudice,

oltrechè essere obbligatorio nella condizione risolutiva tacita, e solo eventuale nella condizione risolutiva espressa, in questa deve limitarsi a verificare se la condizione s'è avverata o no, in quella può estendersi a mantenere il contratto, nonostante la verificata condizione, e a concedere anche delle dilazioni.

Dopo quanto siamo venuti finora dicendo, possiamo essere in grado di determinare fino a che punto la condizione risolutiva tacita di cui all'art. 1165, sia una condizione risolutiva vera ■ propria, ■ quanto, e in che modo ne differisca.

La denominazione che ad essa dà la legge è certamente fallace e implicherebbe una portata ben più ampia di quella che essa effettivamente non abbia.

Abbiamo infatti veduto, come stando al nome, condizione risolutiva *sempre* sottintesa nei contratti bilaterali, equivarrebbe dal punto di vista logico, a condizione risolutiva vera e propria, possiamo dire anzi, a condizione risolutiva *espressa*, riducendosi tutta la differenza al modo materiale della sua apposizione, essendo la prima direttamente o esplicitamente apposta, rilevandosi la seconda indirettamente o implicitamente. Ma logicamente, l'una equivarrebbe all'altra; gli effetti dell'una sarebbero quelli dell'altra.

D'altra parte però, il legislatore ha regolato alquanto diversamente questi effetti, trattandosi d'un istituto da esso creato. E quindi, a differenza della condizione risolutiva espressa, la quale opera *ipso iure*, quella sottintesa dev'essere pronunziata dal

giudice. Pronunzia che come abbiamo visto, può ottenersi e non ottenersi, nonostante l'inadempimento, accertato secondochè il giudice ciò crederà opportuno: che anzi egli potrà accordare una dilazione alla parte inadempiente per soddisfare alla propria obbligazione.

Dopo ciò, possiamo veramente dire che l'istituto che il legislatore designa col nome di condizione risolutiva *sempre* sottintesa nei contratti bilaterali poco corrisponda al significato delle parole; che di vera e propria condizione risolutiva non possa parlarsi: che esso sia un istituto ibrido, artificialmente costruito dal legislatore per soddisfare ai bisogni multiformi della pratica: di quegli istituti buoni in sè, anzi ottimi, ma che si ha il torto di voler adagiare sotto delle categorie non appieno rispondenti e designare con nomi che, oltrechè non rispondenti alla realtà del loro operare, riescono nella pratica a imbrogliarne l'applicazione, portando a ravvicinare istituti che di comune non hanno che il nome.

35.—Corollari: D) Risoluzione *ex nunc*, o *ex tunc*?
E passiamo ora a dedurre dai principii sopra esposti, in forma di corollari, alcune conseguenze le quali formano obbietto nella pratica, di forti questioni, e la cui soluzione discende direttamente dalla natura della condizione risolutiva tacita, come sopra accertata.

Una prima questione si fa, per sapere quali sono gli effetti della condizione risolutiva tacita: se essa opera semplicemente una risoluzione *ex tunc* con pieni effetti retroattivi, come la condizione ri-

solutiva espressa, o una semplice risoluzione *ex nunc*, dal momento cioè, in cui essa viene pronunciata dal giudice.

Ora siccome la condizione risolutiva tacita si risolve, una volta pronunciata in una condizione risolutiva vera e propria, gli effetti ne devono essere identici: e quindi una *resolutio ex tunc*.

Dobbiamo allora vedere questi effetti, sia rispetto alle parti che rispetto ai terzi acquirenti.

Rispetto alle parti: è molto discusso se la risoluzione debba estendersi ai frutti, sia naturali che civili; e noi riteniamo l'affermativa. Quando agli atti di amministrazione, le controversie sono minori: si potrebbe con Demolombe, Mercadè, Bellavite ed altri scrittori, considerare il debitore condizionale come un tacito mandatario del creditore ■ ritenere che la retroattività non si estende agli atti di amministrazione da quello compiuti in buona fede. Del resto, trattandosi qui della condizione risolutiva tacita, si vede più che in quella espressa, risalire alla interpretazione della volontà contrattuale per decidere sui limiti concreti della retroattività.

Rispetto ai terzi acquirenti: necessaria e logica conseguenza del principio della retroattività della c. r. tacita, dovrebbe essere la rigorosa applicazione della massima « *resoluto iure dantis, resolvitur jus accipientis*; e quindi ritenere risolte le alienazioni e gli altri pesi che il primo acquirente, debitore condizionale, avesse imposti sulla cosa.

Tuttavia questa massima, della quale il legislatore fa un'importante applicazione nell'art. 1976,

C. C., soffre nel nostro caso parecchie eccezioni, con cui si vollero limitarne, nell'interesse dei terzi, i gravi effetti.

Specialmente nelle vendite d'immobili, i legislatori si sono sempre preoccupati dell'interesse dei terzi, i quali avrebbero potuto essere gravemente danneggiati in seguito agli effetti retroattivi della c. r. tacita operante in danno del loro autore che non avesse pagato il prezzo. E vari furono gli espedienti escogitati (art. 1656 Cod. francese): radicale quello del Codice Albertino, il quale nell'articolo 1661 escluse in questo caso la condizione risolutiva tacita, e giunse fino al punto di dichiarare nulla anche quella espressa che le parti avessero opposto alla vendita pel caso di mancato pagamento. Il nostro Codice seguì criteri meno assoluti: secondo l'art. 1511 C. C. la condizione risolutiva, tanto espressa che tacita, che si verifica per l'inadempimento degli obblighi imposti al compratore, non pregiudica ai terzi, che hanno acquistato diritti sugli'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione. Analoghe sono le disposizioni degli art. 1553 e 1787 relative alla permuta e alla costituzione di rendita, articoli che al pari del 1511 bisogna combinare con l'art. 1933, n. 3, il quale impone la trascrizione delle domande di risoluzione, cui essi accennano.

L'effetto retroattivo della condizione risolutiva tacita, trattandosi di contratti aventi per oggetto beni mobili, può essere paralizzato dal disposto dell'art. 707 C. C. che sancisce la nota e impor-

tantissima massima, che riguardo ai mobili per loro natura ■ ai titoli al portatore, il progresso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo.

36.—Corollari: II).—Quando si perda lo *jus variandi* da parte del creditore.—L'art. 1165 lascia la parte verso cui l'obbligazione non fu eseguita, arbitra di costringere l'altra, all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento: quando si perde lo *jus variandi* nell'esercizio delle due azioni?

Supponiamo il caso che il creditore cominci dal richiedere l'esecuzione del contratto: in questo caso è quasi pacifico che egli possa in seguito domandare la risoluzione. Infatti la domanda d'esecuzione non implica la rinuncia all'azione di risoluzione: nulla di più naturale anzi, che quegli il quale ha concluso un contratto da cui si ripromette un vantaggio e che appunto perciò gli preme che venga eseguito, tenti, prima di indursi a domandare la risoluzione, di ottenere l'adempimento; e che solo nell'impossibilità di questo, egli si appigli all'estremo partito di invocare la risoluzione. Non osta a questa soluzione la contraria decisione data in proposito dal diritto romano, la quale è dovuta, non, come ritengono la maggioranza degli scrittori, alla differenza tra il patto commissorio che operava *ipso jure*, e la condizione risolutiva tacita che manca di questo effetto—infatti abbiamo più volte detto, che la condizione risolutiva è pattuita nell'interesse esclusivo del

creditore—ma nel principio della consunzione processuale, proprio di quel diritto.

Più controversa è la soluzione dell'altro caso, in cui il creditore che ha cominciato dal proporre la domanda di risoluzione, venga a domandare in seguito l'esecuzione del contratto. Anche in questo caso noi gli riconosciamo questo diritto. Infatti, poichè la condizione risolutiva tacita non opera *ipso iure*, ma dev'essere pronunciata dal giudice, così fino a che, in base alla domanda del creditore, il giudice non abbia pronunciato la risoluzione, egli avrà diritto a domandare l'esecuzione di un contratto che ancora sta in piedi, capace quindi di produrre tutti i suoi effetti giuridici. Nè è da dire, che una volta domandata la risoluzione, il debitore abbia acquistato un diritto alla medesima e si debba quindi ritenere ulteriormente liberato dall'esecuzione del contratto. Ripetiamo ancora una volta, che non si può ritorcere a danno del creditore l'esercizio di un'azione che la Legge ha creato nel suo esclusivo vantaggio.

87.—Corollari: III)—Se sia ammessa una risoluzione convenzionale in seguito all'inadempimento—Nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla propria obbligazione, la risoluzione del contratto rimasto inadempito potrebbe invece che giudiziale, essere convenzionale?

S'è voluta ritenere la negativa fondandosi sulla lettera dell'art. 1165, il quale dice che lo scioglimento del contratto *deve* domandarsi giudizialmente. S'è addotto anche, che una risoluzione convenzionale espone i terzi a gravi pericoli, fa-

cile essendo che una risoluzione fraudolentemente concertata venga a pregiudicare i diritti ch'essi avessero potuti acquistare sugli immobili oggetto del contratto. Inconvenienti siffatti non potrebbero verificarsi, ove la risoluzione dovesse necessariamente venir chiesta all'autorità giudiziaria e da questa pronunciata, perchè i terzi stessi avrebbero il mezzo di impedirli, con l'intervenire nel giudizio.

Non è con tali argomenti che si possa decidere la controversia, perchè quanto all'argomento letterale tratto dall'art. 1165, si può sempre rispondere avere il legislatore usato la parola *deve*, all'unico scopo di porre in rilievo la differenza che corre nel modo di operare tra la condizione risolutiva ordinaria e il patto commissorio tacito, in forza del quale la risoluzione non avviene di diritto, ma fa d'uopo che sia pronunciata dall'autorità giudiziaria. Quanto all'interesse dei terzi, che sembrerebbe più grave, potrebbesi rispondere ch'essi possono sempre impugnare come fraudolenta una risoluzione concertata a loro danno, in base all'art. 1235 C. C.

Se la risoluzione convenzionale va negata come noi crediamo, ciò è in base alla natura della condizione risolutiva tacita, quale abbiamo avuto cura di accertare a suo luogo. Infatti, in forza di che potrebbe legittimarsi una risoluzione convenzionale?

In base a una condizione risolutiva espressa, no, perchè le parti non l'hanno apposta.

In base alla condizione risolutiva sottintesa nei

contratti bilaterali, a norma dell'art. 1165, nemmeno, perchè questa è un istituto, creazione del legislatore (creazione giustificata dalla rispondenza ch'essa ha nel massimo numero dei casi con la realtà, ma sempre finzione e creazione legislativa) e non può mai operare in modo diverso da quello determinato dal legislatore. Ora il legislatore, ha richiesto che la risoluzione in base a questo istituto della condizione risolutiva tacita debba essere pronunciata dal giudice, avendo creduto bene di subordinare a questa condizione una risoluzione, la quale deve togliere di mezzo un contratto validamente esistente. Dunque una risoluzione convenzionale basata sulla semplice condizione risolutiva tacita, non è possibile. Niente osta alle parti di dispensarsi dai reciproci obblighi, e con ciò esse otterranno un effetto simile a quello che si avrebbe in base alla risoluzione dell'obbligazione inadempita. Ma in tal caso, questa pretesa risoluzione convenzionale costituirebbe un nuovo contratto, avente un contenuto inverso a quello i cui effetti si vogliono togliere.

Come si vede, la differenza non è solo di parole: essa è differenza teorica e che può dar luogo nella pratica ad importanti conseguenze, specialmente rispetto al diritto fiscale.

38.—Corollari: IV)—Natura ed effetti del patto commissorio espresso. — Un'altra grave questione fortemente dibattuta nel campo del diritto francese e che si ripercuote anche nel nostro diritto è di

sapere quale sia la natura e quindi gli effetti del patto commissorio espresso.

Il Demolombe esamina tre diverse forme sotto le quali un tale patto può presentarsi e ad esse attribuisce diversi effetti:

I) Le parti convengono puramente e semplicemente che il contratto sarà risoluto nel caso in cui l'una di esse non eseguirà le obbligazioni a lei incombenti. Questo patto equivarebbe, nè più nè meno, che alla condizione risolutiva tacita, alla quale le parti s'intenderebbero riferire.

II) Le parti convengono che se una di esse non soddisfa alla sua obbligazione dentro un certo termine determinato, il contratto sarà risoluto di pieno diritto. In questo caso la risoluzione avviene indipendentemente dalla pronuncia del giudice, ma non si ha ancora una vera e propria condizione risolutiva espressa: è necessario che il creditore il quale voglia avvalersi della risoluzione, costituisca in mora il debitore con un'intimazione o in altro modo equivalente.

III) Le parti convengono che se l'una di esse non soddisfa entro un dato termine alle proprie obbligazioni, il contratto sarà risoluto di pieno diritto e senza bisogno di costituzione in mora. In questo caso si ha una vera e propria condizione risolutiva espressa, con tutti gli effetti ad essa inerenti.

Lasciando da parte questo terzo caso, come quello che è inapplicabile al nostro diritto per i diversi criterii da esso seguiti circa il modo di costituzione in mora, dobbiamo fermare la nostra attenzione

soltanto ai primi due. E allora la questione si pone nei seguenti termini: perchè il patto commissorio che le parti hanno esplicitamente apposto al contratto, produca *ipso iure*, i suoi effetti, e cioè non equivalga a una semplice condizione risolutiva tacita che abbia bisogno della pronunzia del giudice, c'è bisogno che le parti dicano espressamente che il contratto s'intenderà risolto di *pien diritto*, nel caso di inadempimento, o basterà per eliminarsi il bisogno della pronuncia giudiziale, il dire che nel caso di inadempimento, il contratto sarà risolto?

Anche qui le infinite dispute vengono tolte di mezzo solo che si risalga alla natura della condizione risolutiva tacita.

Quelli i quali sostengono che debba essere aggiunta la frase « *risolto di pien diritto* » dicono che senza di essa, quando le parti pattuiscono la risoluzione pel caso d'inadempimento, s'intendono essersi riferite alla risoluzione giudiziale di cui all'art. 1165.

Mai asserzione fu più gratuita di questa! E con essa si disconosce la vera natura della condizione risolutiva tacita. Questa è sottintesa dal legislatore nei contratti bilaterali, tutte le volte che le parti non hanno avuto cura di porla esplicitamente: e appunto perchè esso la *sottintende* semplicemente, può dettare tutte le norme che crede opportune perchè questa condizione, che potrebbe non essere stata neanche sottintesa, non produca effetti superiori alla stessa aspettazione delle parti.

Ma quando le parti hanno esplicitamente apposta la condizione risolutiva pel caso d'inadempimento,

il fatto stesso di averla esplicitamente apposta toglie al legislatore la possibilità di applicare un istituto che esso ha disciplinato pel solo caso in cui mancasse un'esplicita dichiarazione delle parti e che in presenza della stessa torna assolutamente inapplicabile.

Del resto, si capisce, anche qui deve risalirsi all'interpettazione della volontà contrattuale: potrebbero infatti le parti essersi presa (quantunque ciò sembri poco verosimile) l'inutile briga di riferirsi, apponendo la condizione risolutiva, agli effetti di quella tacita, disciplinata dall'art. 1165 C. C.

39. — **Risoluzione ipso iure a causa d'inadempimento**—Dobbiamo da ultimo accennare a due casi d'eccezione al principio generale sancito nell'art. 1165, che cioè in seguito all'inadempimento, la risoluzione non avviene *ipso iure*, ma dev'essere pronunciata giudizialmente. Le due eccezioni sono contenute negli art. 1512 C. C. e 67 Cod. comm. Anche qui la risoluzione si compie in base a una condizione risolutiva sottintesa: dobbiamo ora esaminare fino a che punto la natura di questa condizione, quale noi l'abbiamo accertata nel caso dell'art. 1165, resti modificata in seguito alle deroghe ad esso portate nei due articoli sopra richiamati.

40. — **Cont.^m—Vendita mobiliare in materia civile**—L'art. 1512 così dispone:

« Trattandosi di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, ove il compratore prima che sia scaduto il termine stabilito per la consegna della cosa, non siasi presentato per riceverla, o anche presen-

tatosi per riceverla, non ne abbiano temporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggior dilazione.»

Si deve notare anzitutto, che la deroga all'art. 1165 è fatta in favore del solo venditore: nei riguardi del compratore è pienamente applicabile l'art. 1165.

Lo scioglimento della vendita, dice l'articolo, ha luogo di diritto nell'interesse del venditore. Qui dunque abbiamo una condizione risolutiva tacita, che funziona come una condizione risolutiva che fosse stata apposta esplicitamente dalle parti. Qui non v'ha bisogno dell'intervento del giudice per pronunciare una risoluzione la quale s'è incorsa *ipso iure* pel solo fatto del mancato pagamento. Il giudice potrà essere chiamato per decidere, qualora sorgesse controversia in proposito, se fu concessa o no, una dilazione al pagamento. Se ciò non risulta esplicitamente detto, potrà il giudice risalire, valutando le circostanze tutte del caso, alla vera intenzione delle parti contraenti, e qualora effettivamente si convinca che la dilazione risulti implicitamente data, respingerà la domanda di risoluzione. Ma in ciò fare, egli non opera arbitrariamente, in quantochè in questo caso non è la risoluzione del contratto che forma obbietto della sua indagine, e che sia sottoposta al suo equo apprezzamento, ma la decisione in fatto se la dilazione fu convenuta o no. Decisa questa pregiudiziale, non gli occorre altro: la risoluzione del contratto avviene per forza propria. Il giudice non potrebbe concedere nessuna dilazione.

Ecco adunque come tolte le limitazioni artificiali dell'art. 1165, la condizione risolutiva tacita funziona, coerentemente alla sua denominazione, come una condizione risolutiva vera e propria.

Si può domandare però, se trattandosi di una risoluzione in base a condizione risolutiva tacita, possa il compratore provare che la volontà del venditore nel concludere la vendita fu affatto aliena dal porre anche implicitamente una tale condizione risolutiva. E si deve rispondere negativamente, perchè secondo il concetto dianzi posto, della condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali, essa non è fondata sulla reale volontà dei contraenti: non sono, in altri termini, le parti che sottintendono, ma il legislatore per esse; e ciò in base a una specie di *praesumptio iuris et de jure*, come altra volta abbiamo detto, per cui tutti i contratti bilaterali si presumono fatti sotto una condizione risolutiva; presunzione la quale non può cadere per una semplice prova in contrario, ma solo per effetto di un patto diretto ad escluderla.

Si deve avvertire da ultimo, che anche qui la condizione risolutiva è sottintesa nell'esclusivo favore del venditore, il quale può pertanto, se lo preferisce, mantener ferma la vendita e agire pel pagamento del prezzo. Altrimenti si darebbe modo al compratore di liberarsi da una compra per lui sfavorevole.

Quanto agli effetti di questa condizione risolutiva tacita, se la tradizione della cosa non ha avuto luogo, (ed è il caso dell'art. 1512) la risoluzione ha per effetto di liberare il venditore dal-

l'obbligo di eseguire la tradizione della cosa e il trasferimento della proprietà. Chè se la tradizione avesse già avuto luogo, l'art. 1513 dispone, che il venditore può in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute, sinchè queste si trovano in possesso del compratore: in forza della condizione risolutiva infatti, egli ne ha riacquistato la proprietà. Può invece di rivenderle impedirne solo la rivendita: egli farà così, quando non vorrà giovare della risoluzione avvenuta in suo favore ■ vuole, mantenendo ferma la vendita, agire pel pagamento del prezzo.

Tuttavia il diritto di rivendicazione è limitato in varie guise: 1) la domanda di rivendicazione dev'essere proposta dentro quindici giorni dal rilascio. Questo parrebbe contraddire col principio della risoluzione *ipso iure*, perchè una volta avutasi questa pel solo fatto dell'inadempimento, l'azione di revindica è una semplice conseguenza della proprietà riacquistata, e non si dovrebbe quindi prescrivere che in trenta anni. A ben guardare però, la disposizione del legislatore è molto equa: bisogna infatti pensare che il venditore ha a sua scelta le due azioni di revindica in seguito alla risoluzione avutasi *ipso iure*, e di esecuzione del contratto. Ora è chiaro, che non può la legge lasciargli per tutti i trenta anni della prescrizione ordinaria questa facoltà: la limita quindi a 15 giorni, dopo di che il venditore, se non ha domandato la revindica, si presumerà avervi rinunciato, scegliendo invece l'esecuzione del contratto la cui azione gli dura per trent'anni.

2) Le cose devono trovarsi ancora nel possesso del compratore. Non può quindi esercitarsi più l'azione di revindica quando le cose fossero passate in mano di terzi possessori: qui il principio che *resoluto jure dantis resolvitur et ius accipientis*, deve cedere all'altro principio che in fatto di mobili, il possesso di buona fede vale titolo.

3) Le cose si devono trovare in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna. In caso diverso il compratore ne ritiene la proprietà a titolo di specificazione.

4) Finalmente dispone l'art. 1513, 1.^o capov. che il diritto di rivendicazione non ha effetto in pregiudizio del privilegio accordato al locatore, quando non sia provato che al tempo dell'introduzione dei mobili che forniscono la cosa o il fondo locato, egli fosse informato che ne era ancora dovuto il prezzo.

41. — Cont.^{te}— Vendita mobiliare in materia commerciale—L'art. 67 Cod. comm. così dispone:

« Nella vendita commerciale di cosa mobile la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto, abbia offerto all'altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna della cosa venduta o il pagamento del prezzo, se questa non adempie la sua obbligazione. In mancanza di tale offerta e di speciali stipulazioni, lo scioglimento del contratto è regolato secondo le disposizioni del Codice civile intorno alla condizione risolutiva tacita. In

ambidue i casi l'inadempiente è tenuto al risarcimento del danno »,

Anche qui dunque, si ha una risoluzione *ipso iure*, intorno alla cui natura valgono le stesse considerazioni fatte a proposito dell'art. 1512 C. C. Occorre rilevarne però le differenze.

E anzitutto questa risoluzione *ipso iure* opera, non solo nei vantaggi del venditore, come dispone l'art. 1512, ma a vantaggio anche del compratore. E la ragione n'è esposta dal Mancini nella sua Relazione (p. 217). « La condizione risolutiva tacita, egli dice, della vendita di derrate ed altre cose mobili, che secondo il Codice civile (art. 1512) ha luogo di pieno diritto in favore del solo venditore quando il compratore non si presenti prima del termine convenuto a ricevere la cosa venduta o non ne offra il prezzo, nella vendita commerciale per ragione di giustizia e per la eguale protezione delle parti, deve ammettersi anche in favore del compratore che deve fare assegnamento per l'epoca convenuta sulla sicura disponibilità delle merci acquistate, quante volte egli faccia in tempo utile l'offerta del prezzo ».

In secondo luogo, la risoluzione della vendita è subordinata a delle speciali condizioni, come s'è veduto, che si possono così riassumere. Occorre:

a) che il contratto contenga un solo termine per la consegna della merce e pel pagamento del prezzo;

b) che una parte faccia inutilmente all'altra, prima della cadenza di quel termine, nei modi usati in commercio, l'offerta della sua prestazione;

c) che non abbia ancora avuto luogo, nè la consegna, nè il pagamento.

42.—Cont.^{ss}—Critica del Vivante: si confuta—Il Vivante (IV n.° 1676) non si dimostra favorevole a questo istituto della condizione risolutiva operante *ipso iure*, sancito nell'art. 67 Cod. Comm., tacciandolo di superfluità.

« Si capiva (egli dice) una risoluzione di diritto accanto alla risoluzione giudiziaria, onde togliere al giudice l'arbitrio di differire l'esecuzione dei contratti alternandone i termini. Ma tolta al giudice in materia commerciale questa facoltà, la risoluzione di diritto mi par divenuta del tutto superflua; essa promette molto senza dar nulla. Imperocchè, o le parti sono d'accordo di abbandonare il contratto, e non sarà il caso di ricorrere al giudice. O le parti non s'accordano, sia che si accusino reciprocamente d'inadempimento o non si intendano nella liquidazione dei danni, e in tal caso l'intervento del giudice sarà necessario. Che altro è adunque, se non una vana figura giuridica, quella risoluzione di diritto, che per sè non produce nessun effetto coattivo se non con l'intervento del giudice ? »

Soggiunge poi in nota, che « questa figura giuridica della risoluzione di diritto, ignota al Codice di Commercio germanico, tanto al vecchio che al nuovo e al Codice svizzero delle obbligazioni, fu introdotta nel nostro diritto come un'applicazione estensiva dell'art. 1512 del Codice civile; ma che l'estensione perdette la sua ragion d'essere dopochè fu introdotto l'art. 42 Cod. comm. il qua-

le vieta al giudice di concedere nelle obbligazioni commerciali la dilazione permessa nell'articolo 1165 C. C.

Noi veramente non sappiamo vedere tutta questa superfluità accusata dall'egregio professore. Infatti, se la risoluzione non operasse di diritto, l'art. 42 Cod. comm. che impedisce al giudice di concedere dilazione, non gl'impedirebbe perciò solo di respingere la domanda di risoluzione a lui presentata: egli potrebbe anche nel caso d'inadempimento, se non concedere una dilazione rifiutarsi almeno di pronunciare la risoluzione del contratto, la quale, contrariamente a quanto dice l'egregio professore, resterebbe tuttavia in balia del giudice, in forza del diritto che a lui gliene dà l'art. 1165. Ci si può obiettare che nel divieto di concedere dilazioni è implicito anche l'obbligo di pronunciare la risoluzione tutte le volte che il giudice abbia accertato 1) che il convenuto ha veramente mancato, 2) che l'attore ha veramente soddisfatto il suo debito: infatti il rifiuto di pronunciare la risoluzione si risolverebbe in una dilazione concessa al pagamento. Tuttavia ciò non è perfettamente vero. Infatti se la risoluzione non operasse *ipso iure*, ma dovesse essere pronunciata dal giudice, il debitore sarebbe sempre in tempo di compiere la prestazione anche in ritardo, purchè prima della pronunzia del magistrato, pronunzia che nella pratica non è così sollecita come in teoria potrebbe credersi. A meno che non si voglia ammettere che una volta avvenuto l'inadempimento al tempo prefisso, il creditore acquisti un

diritto quesito alla risoluzione, in modo che il pagamento a lui offerto in un momento posteriore, quantunque prima della pronuncia di risoluzione, riesca sempre intempestivo. Ma non crediamo che a ciò si sarebbe potuto arrivare in base alla semplice interpretazione dell'art. 1165 C. C. combinato con l'art. 42 Cod. comm.

III.

OSSERVAZIONI GENERALI E CONCLUSIONI

43.—**Valutazione dell'istituto della condizione risolutiva tacita**—Dopo avere esaminata l'origine ■ il fondamento della condizione risolutiva tacita, siamo in grado di rispondere alla domanda che più autori si sono fatta: qual'è il valore di questo istituto della condizione risolutiva tacita? Segna essa, o no, unprogresso sulle legislazioni che non l'ammettono?

A questo quesito è stato risposto in modo diverso dai varii autori.

Il Re nel suo trattato della compravendita, è per la negativa. Dopo avere egli esposto il sistema seguito in proposito dal diritto romano il quale, come a suo luogo abbiamo veduto, escludeva la risoluzione del contratto in seguito ad inadempimento, ■ solo nei contratti innominati in cui era avvenuta la dazione di una cosa da parte di uno dei contraenti, ammetteva accanto all'azione diretta all'adempimento, anche la *condictio causa data, causa non secuta* diretta alla ripetizione della cosa data, crede che nel diritto odierno se vi doveva essere deviazione dal diritto romano, questa sarebbe dovuta essere nel senso di abolire l'azione di ripetizione, elevando a principio generale di tutti i contratti, che alla parte che adempie ai suoi obblighi compete solo un'azione per costringervi l'altra. E poi continua:

« E impropriamente ho detto che questa sarebbe stata una deviazione dal diritto romano, che

meglio dovrebbe chiamarsi un progresso nella via tracciata da quello. Infatti vedemmo che se in alcuni contratti innominati competeva un'azione per la ripetizione dell'oggetto dato, ciò era perchè si riguardavano sotto l'aspetto speciale di dazione o almeno di contratto unilaterale. Questa azione escogitata da principio dai giureconsulti romani per tutelare più efficacemente un atto destituito d'una vera e propria azione, avrebbe dovuto cessare al sopravvenire di questa, che perfettamente corrispondeva alla natura bilaterale dei contratti innominati. Il giusto progresso della scienza moderna nell'equiparare contratti bilaterali nominati ■ innominati, avrebbe dovuto filosoficamente parlando, compiere l'opera della interpretazione romana, equiparando definitivamente i primi ai secondi, ■ non erigendo una regola eccezionale e di transazione a principio assoluto. La critica storica, rammentandoci lo svolgimento interno del diritto ci insegna che quella regola eccezionale di alcuni contratti innominati doveva sparire interamente quando la natura contrattuale di questi fosse stata pienamente conosciuta; ma invece una giurisprudenza per principio contrario alla storia, formulò l'art. 1184 del Codice francese sulla condizione risolutiva tacita nei contratti bilaterali, in assoluta opposizione alla natura delle obbligazioni».

Ma la grande maggioranza degli autori, tanto francesi quanto italiani, è favorevole all'istituto della condizione risolutiva tacita, dicendola basata sulla realtà delle cose e corrispondente ai fini della pratica e dell'equità.

Non solo, ma alcuni autori francesi, tra cui il Duvergier, il La Valette, il Lerombière, il Demolombe, convinti appunto di tutta la fondatezza e utilità equitativa e pratica dell'istituto, tendono ad estenderlo con un'ardita interpretazione estensiva al di là dei contratti bilaterali, a cui ha voluto limitarlo il legislatore, a tutti i contratti onerosi in genere. Infatti, dice il Demolombe, tanto nei contratti bilaterali che in quelli a titolo oneroso troviamo la duplice ragione sulla quale si fonda la condizione risolutiva, e cioè: 1) da una parte che la prestazione d'una della parti non avrebbe causa se la prestazione che l'altra parte doveva eseguire non è stata eseguita; 2) d'altro canto le parti non hanno inteso trattare reciprocamente che mediante equivalente.

E il La Valette (*Notes sur Proudhon I*, p. 55) vuol dimostrare che la dizione restrittiva dell'art. 1184 sia dovuta ad un errore di redazione: i compilatori avrebbero copiato il n. 636 del trattato delle obbligazioni di Pothier, nel quale egli non si occupava della condizione risolutiva che relativamente alla estinzione delle obbligazioni. Ora è evidente, osserva il La Valette, che il difetto di esecuzione d'una obbligazione non può trascinare l'estinzione di un'altra obbligazione che in quanto si tratti di obbligazioni correlative e reciproche, ossia in altri termini, di un contratto sinallagmatico. Ma Pothier non intendeva in nessun modo di restringere ai contratti sinallagmatici questa regola, che l'esecuzione dell'obbligazione d'una parte, permetta all'altra di domandare la risolu-

zione. Lo prova il fatto, che egli ne fa applicazione al contratto di costituzione di rendita (n. 18).

Il Demolombe va ancora più in là: egli non si contenta della semplice estensione della regola a tutti i contratti a titolo oneroso: secondo lui: « questa condizione risolutiva tacita noi la ritroviamo ovunque una delle parte mancherà di eseguire le obbligazioni che il contratto le impone e sulla fede delle quali l'altra aveva acconsentito. Quindi, non soltanto nei contratti sinallagmatici perfetti o imperfetti, o nei contratti unilaterali a titolo oneroso, ma anche nei contratti di beneficenza, come anche negli atti di disposizione a titolo gratuito, donazioni tra vivi ■ testamenti! Così se il creditore abusa della cosa che gli è stata data in pegno, il debitore potrà reclamare la restituzione prima di aver pagato il debito per garanzia del quale il pegno era stato dato: ora che cosa è questo diritto del debitore, se non il diritto di domandare la risoluzione del contratto di pegno per causa di inesecuzione dell' obbligazione che esso impone al creditore? E chi potrebbe dubitare che il comodante ha il diritto di reclamare la restituzione della cosa prestata nel caso in cui il comodatario non esegue le obbligazioni che il contratto mette a suo carico, di vegliare alla conservazione della cosa prestata e di non impiegarla che all'uso determinato dalla sua natura o dalla convenzione?

Quanto alle disposizioni a titolo gratuito, donazioni tra vivi o testamenti (prosegue a dire il Demolombe), il legislatore ha infatti organizzato la

condizione risolutiva tacita pel caso di inesecuzione degli oneri da parte del donatario o legatario. Fermandoci alla risoluzione della donazione per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario, donde proviene questo diritto del donante? Il nostro diritto antico l'aveva derivato dall'ingratitudine e indegnità del donatario: ma questa spiegazione non può accogliersi nel nostro diritto che ha fatto della inesecuzione dei pesi nelle donazioni una causa speciale di revocazione. Quello che a noi pare, è che la revocazione procede in questo caso dalla volontà del donante che si presume non avere consentito alla donazione, che solo in quanto gli oneri fossero eseguiti, cioè a dire che la donazione è riputata fatta sotto la stessa condizione risolutiva tacita che è sottintesa nei contratti sinalagmatici a norma dell'art. 1184.

44. — **Cont.^{na} — Nostra opinione** — Noi non accettiamo la critica che il Re muove all'istituto della condizione risolutiva tacita. Come a suo luogo notammo, non è esatto dire che questo istituto rappresenti uno svolgimento della *condictio causa data, causa non secuta*, nei contratti innominati del diritto romano: se così fosse, il Re verrebbe forse giustificato nella sua critica. Invece, come abbiamo già accennato, tutt'altro è il fondamento su cui poggia il nuovo istituto: la piena e completa interpretazione della volontà contrattuale. E questa è certamente un progresso sul sistema rigoroso del diritto romano, il quale conservava il suo spirito rigido e formalistico anche nell'interpretazione della volontà dei contraenti.

D'altra parte però, deve respingersi quell'interpretazione eccessivamente estensiva che alcuni autori francesi vorrebbero dare all'istituto della condizione risolutiva tacita dell'art. 1184. Il legislatore ha parlato chiaramente di condizione risolutiva sottintesa nei contratti *bilaterali*, e non possiamo noi estenderla oltre i medesimi, trattandosi di un istituto che conserva sempre un carattere eccezionale e si presenta tuttora come una concessione della legge (quantunque per essere fondato sulla interpretazione della volontà potrebbe trovare adeguata applicazione ovunque c'è una dichiarazione di volontà da interpretare).

45— *Continuazione*—Ma anche contenuta dentro i limiti assegnatili dal legislatore, la condizione risolutiva tacita rappresenta un grande progresso sul sistema seguito dal diritto romano e dal diritto tedesco: essa si dimostra come la codificazione d'un principio di interpretazione della volontà contrattuale, che fu per tanto tempo disconosciuto con grande scapito dei contraenti. E in ciò fare del resto, il diritto francese e italiano non hanno fatto che continuare nell'opera emancipatrice della forma e tutrice della vera volontà contrattuale che cominciata e svolta in buona parte nello stesso campo del diritto romano, appoggiata nei secoli di mezzo del diritto canonico, continua nel diritto odierno e continuerebbe fino al suo completo svolgimento, se influenze estrinseche, di carattere eminentemente pratico, ma di cui il diritto non può in nessun modo prescindere per la sicurezza e la stabilità dei negozi giuridici, non lo ostacolassero.

La riprova di questa nostra asserzione, possiamo trovarla nello svolgimento storico della compra-vendita, dal diritto romano ad oggi.

Le più antiche notizie che noi abbiamo sulla compra-vendita romana, ci riproducono la compra vendita, così detta obbligatoria, ossia quella forma di compravendita che dà origine a due obbligazioni reciproche, dell'*habere licere* relativamente alla cosa, nei riguardi del venditore, del pagamento del prezzo nei riguardi del compratore: della compra-vendita reale, (scambio immediato di cosa contro prezzo) come stadio precedente di quella obbligatoria, non c'è rimasta traccia: probabilmente essa appartiene ad una civiltà più antica della romana.

Ma la compravendita del primitivo diritto romano benchè si perfezionasse col consenso era ben lungi dal dargli quella interpretazione larga ed equitativa, che ad esso venne data in seguito: si direbbe quasi che lo spirito formalistico dominante in quell'epoca primitiva, formalizzasse anche l'interpretazione dei contratti consensuali, non tenendo il dovuto conto della volontà delle parti. In conseguenza di ciò, se la cosa venduta era altrui, o se essa era affetta da vizi tali che la rendevano inetta all'uso a cui la si voleva destinare, non era dato alcun rimedio contro il venditore: come viceversa, se il prezzo non era stato pagato, il venditore non poteva recedere dal contratto di fronte all'inadempienza da parte del compratore.

Per procurarsi quelle cautele e quelle difese che il contratto per se stesso non dava, dovevasi ricorrere dalle parti a espedienti estrinseci al con-

tratto stesso: il compratore si premuniva con la *stipulatio duplae* contro l'eventuale evizione, ■ con le stipulazioni inventate da Manilio (*formulae Manilianae*) contro i vizi occulti della cosa: il venditore d'altra parte, si premuniva mediante il patto commissorio contro il mancato pagamento del compratore.

Ma questo stato di cose non poteva durare a lungo; e quindi già nello stesso campo del diritto romano si cominciò a derivare dal contratto stesso mediante l'interpretazione della volontà dei contraenti, quella difesa che questi erano prima costretti a procurarsi fuori di esso.

Si cominciò col sottintendere la *stipulatio duplae* nel caso in cui non fosse stata esplicitamente fatta. Gli edili, poi risalendo anch'essi alla volontà contrattuale, crearono la redibitoria e la *quanti minoris*, ottenendo un effetto ancora più efficace di quello che non dessero le formule di Manilio.

Un corrispondente progresso mancò invece, nei riguardi del venditore: fino all'ultimo periodo del diritto romano si continua a richiedere il patto commissorio, per poterli dare diritto alla risoluzione del contratto.

Ma questo progresso non poté mancare più tardi: ed ecco sorgere in Francia, nei paesi di diritto consuetudinario, la condizione risolutiva tacita a favore del venditore non pagato. E l'istituto fece così buona prova e tanto corrispose alle esigenze della pratica, che fu applicato anche nei riguardi del compratore e successivamente ai con-



tratti bilaterali in genere. L'art. 1184 Cod. francese sanzionò legislativamente questo progresso del diritto consuetudinario, che fu poi accolto da quasi tutti i codici posteriori.

L'istituto della condizione risolutiva tacita, come dunque si vede, costituisce l'ultimo anello di un'evoluzione storica, tendente a dare alla volontà contrattuale tutta l'importanza ch'essa merita, estraendo intrinsecamente dall'interpretazione della volontà contrattuale tutte quelle difese, in favore tanto dell'una quanto dell'altra parte contraente, che il diritto anteriore, per un'imperfetta analisi di questa volontà, era stato costretto a procurar loro dal di fuori, mediante stipulazioni e altri mezzi estrinseci.

46.—*Continuazione e fine*—Questo è l'ultimo stadio a cui sono arrivati i Codici, ma non è l'ultimo a cui è arrivata o arriverà più tardi l'elaborazione scientifica del diritto.

Il dare alla dichiarazione di volontà produttrice di negozi giuridici un'interpretazione sempre più sostanziale, sempre più vicina a quello che risulta veramente voluto, — indipendentemente da quello che può apparire voluto—, è il programma di tutta una scuola di giuristi, programma sano e giusto che solo deve arrestarsi di fronte alle contrarie esigenze della vita, la quale potrebbe certamente essere scossa nella stabilità dei negozi giuridici, qualora si portasse il principio alle sue ultime conseguenze.

A capo di questa scuola sta il Windscheid, il

quale formulò teoricamente questo programma nella figura della presupposizione. La presupposizione ben si può considerare come una formula generale da farsi valere per dare a ogni dichiarazione di volontà la sua vera interpretazione. E l'istituto della condizione risolutiva tacita, dell'art. 1184 Cod. francese, è come la formulazione speciale di questo grande programma, nei riguardi della interpretazione della volontà nei contratti bilaterali.

E quello sforzo di alcuni autori francesi, di dare all'art. 1184 un'interpretazione estensiva [al di là dei soli contratti bilaterali a tutte le dichiarazioni di volontà produttrici di effetti giuridici, altro non è, se non il tentativo di giungere al principio generale di cui l'art. 1184 ha fatto una particolare applicazione, allo stesso principio cui volle giungere il Windscheid con la sua teoria della presupposizione, all'interpretazione dell'*id quod actum est*, al domma della volontà, in contrapposto al domma della dichiarazione della volontà.

INDICE

INTRODUZIONE	Pag. 3
------------------------	--------

I.

ORIGINE STORICA

SOMMARIO—2. La c. r. tacita è estranea al diritto romano—3. Cont.ne: Contratti bilaterali nominati—4. Cont.ne: Lex commissoria—5. Cont.ne: Natura dell'azione nascente dalla lex commissoria—6. Continuazione—7. Continuazione—8. Contratti innominati—9. Cont.ne: Prima del loro riconoscimento—10. Cont.ne: Loro riconoscimento—11. Cont.ne: Dopo il loro riconoscimento: differenza tra la conditio causa data, causa non secuta e la c. r. tacita—12. Origine francese della c. r. tacita: giustificazione di Domat—13. Cont.ne: Giustificazione di Pothier—14. Cont.ne: Ordinamento dell'istituto nella dottrina anteriore al Codice—15. Cont.ne: La c. r. tacita nel Codice francese (art. 1164)—16. Cont.ne: La c. r. tacita nei Codici italiani preesistenti—17. Continuazione—18. Cont.ne: Nei lavori preparatorii C. C. italiano—19. Diritto comparato—20. Continuazione	da Pag. 5 a 41
--	----------------

II.

FONDAIMENTO E NATURA DELLA C. R. TACITA

SOMMARIO—21. Transizione—22. Spiegazione storica: sua insufficienza—23. Spiegazioni dottrinali del Larombière e del Demolombe—24. Cont.ne: Loro	
---	--

critica—25. Continuazione: quale sia il vero fondamento della c. r. tacita—26. Natura della c. r. tacita—27. Cont.ne: Concetto della condizione risolutiva in generale—28. Cont.ne: C. r. tacita e condicio tacita o quae tacite inest—29. Cont.ne: C. r. tacita o sottintesa e condizione risolutiva presunta—30. Cont.ne: C. r. tacita e presupposizione—31. Cont.ne: C. r. sottintesa e c. r. espressa—32. Cont.ne: Effetti della c. r. tacita: fino a che punto si accordino con quelli della c. r. espressa—33. Cont.ne: In che ne differiscano—34. Continuazione e conclusione—35. Corollari: I) Risoluzione ex nunc, o ex tunc?—36. II). Quando si perda lo jus variandi da parte del creditore—37. III). Se sia ammessa una risoluzione convenzionale in seguito all'inadempimento—38. IV). Natura ed effetti del patto commissorio espresso—39. Risoluzione ipso iure a causa d'inadempimento—40. Cont.ne: Vendita mobiliare in materia civile—41. Cont.ne: Vendita mobiliare in materia commerciale—42. Cont.ne: Critica del Vivante: si confuta. da Pag. 42 a 93

III.

OSSERVAZIONI GENERALI E CONCLUSIONI

SOMMARIO—43.—Valutazione dell'istituto della c. r. tacita—44. Cont.ne: Nostra opinione—45. Continuazione e fine. . . . da Pag. 93 a 102



